TRATTATO

DELLE INSTITUZIONI

DEL DRITTO ROMANO

TRATTATO

DELLE ISTITUZIONI

DEL DRITTO ROMANO

DI

TEODORO MAREZOLL

TRADOTTO DALL' ORIGINALE TEDESCO
SULLA OTTAVA EDIZIONE DI LIPSIA 1866

PER

GIUSEPPE POLIGNANI
Professore straordinario di dritto romano nella R. Università di Napoli

SECONDA EDIZIONE ITALIANA

CON LA GIUNTA DI UN QUADRO CRONOLOGICO
DELLA STORIA DEL DRITTO ROMANO E DI UN INDICE DI TUTTI I TITOLI DE' LIBRI
DI DRITTO CIVILE E CANONICO

NAPOLI
STABILIMENTO TIPOGRAFICO PERROTTI
Strada Mezzocannone n° 104
1866

MENTRE ERI ANCORA VIVO
A TE GAETANO POLIGNANI
AMOROSO PADRE MIO
SI INTITOLAVA LA PRIMA EDIZIONE
DI QUESTO LIBRO
ED A TE MORTO
QUESTA EDIZIONE SECONDA
ORA SI INTITOLA
NÈ SAPREI TOGLIERE IL TUO NOME
DA QUESTE CARTE
COME NON POSSO PIÙ CANCELLARE
LA TUA BUONA E CARA IMMAGINE
DALLA MEMORIA

PREFAZIONE

DEL

Traduttore

àlla edizione del 1852

Con l'intendimento di far cosa utile a'giovani che danno opera allo studio delle discipline giuridiche, ho voluto tradurre e pubblicare questo volume. Chi pregia i libri infarciti di citazioni e di note non l'apra ; esso non fu scritto nè tradotto per lui.

Il nostro autore volle darci un corpo di dottrina ben diffinita e compiuta intorno al dritto romano con abito conveniente ad un corso d'istituzioni, cioè a dire, un'esposizione delle parti organiche, dei tratti fondamentali di tutto il sistema. Inteso a'bisogni de'giovani pe'quali ha scritto, egli si è dovuto tenere entro termini di grande brevità, per guisa, che procedendo sempre serrato e raccolto, volle per lo più dar cenni e segni da servire a'maestri per punti di mire intellettuali e per occasioni di meditare. Per tal modo, senza altrimenti brigarsi di ciò che trovi nelle opere di meri espositori del dritto romano, cioè a dire, di quelle minutezze, le quali, lasciando stare che molto povera e imperfetta cosa siano di per sè, non solo tornano di poco o niun utile, ma, ch'è peggio, son cagione di confusione e d'oscurità ; ha potuto egli raccogliere nel suo libro il

più bel fiore della sapienza civile de' romani, e lasciando il ragionar lungo od avente apparenza troppo sottile, notar solo le certe conclusioni a che riuscirono le ricerche de' giuristi alemanni in grazia dei pazienti ed ostinati loro studi. Nè si pensi doversi credere con riserbo alle cose ch'ei dice; perchè la sua critica non va dietro ad opinioni preconcette e trascendentali; il vero è con avveduta severità segregato dal verisimile, il certo dal probabile; e 'l concetto romano riman sempre chiarito al lume che l'autore va traendo dalla storia interna ed esterna di quel dritto. Le varie istituzioni giuridiche vi sono discorse non empiricamente, cioè per le differenze loro esteriori; l'autore ne rivela l'origine, il necessario, l'attributo caratteristico, e seguendone il processo storico sino al sèsto secolo dell'era comune non lascia inosservate le diversità e le analogie, il costante ed il variabile. E tutto ciò con quella brevità e chiarezza, che rivelano lui aver molto meditato prima di scrivere, e con quella sicurtà confidente di chi è certo non gli si trovi a ridire. In ultimo, affinchè i giovani piglino di buon'ora famigliarità co'testi del dritto romano, a piè di ogni paragrafo si riportano de' brani tolti con quella più diligenza che si potea da tutte le parti del corpo del dritto non men che dalle opere degli scrittori; sicchè essi ora ampliano, ora confermano o rischiarano quel che l' autore discorre ne' paragrafi. Non è dunque cosa da far maraviglia se fra gl' innumerabili dettati che la stampa alemanna divulga in materia di dritto, questo libro sia pregiato e ricerco, e se gli fu dato più volte l'onore della ristampa.

Ma giudicherebbe di questo Trattato dilungandosi molto dal vero chi credesse che quivi sieno discorse tutte le cose utili a sapersi da chiunque voglia acquistare una notizia compiuta del dritto romano, siccome lo stesso autore vien dichiarando nel suo proemio. Egli non doveva dir tutto; se poni mente a quel che si propose di fare, non potrai desiderar altro nella sua opera. Ei volle scrivere un corso d'Instituta, non di Pandette, ch' è quanto dire, un'esposizione dogmatica storica didascalica ed elementare del dritto romano, piuttosto che polemica e pratica di esso. Ed appunto perchè quest' opera è ritenuta ne' giusti confini di un lavoro che serve ad accorciare e spianar di molto il cammino che deesi fare nelle Pandette, mi è avviso ch' essa

provvegga ad un bisogno che non è mica simulato da chi ama daddovero che i giovani volenterosi traggano verissimi profitti da' primi studi che consacrano al dritto romano, nè sieno di poi costretti ad acquistare o disimparare in brevi dì quel che han perduto o male appreso in moltissimi. Fino ad oggi sono andate per le nostre scuole opere di meri espositori del dritto romano per quanto prive d'idee generali, altrettanto copiose di minutezze, che per lo più nascondono all'occhio del giovane l'intima connession delle parti del sistema, e la purità de' principî fondamentali di quella legislazione. A voler prendere la cosa più da alto che si può e recare il fatto ad una delle sue prime cagioni, gli è forza additare anzi tutto la costumanza ch'è tra noi d'insegnare il Dritto romano in un sol corso, e talvolta di accompagnarlo eziandio con lo studio del Dritto Civile. Si è voluto e si vuole far presto senza badare a quello che poi sia per seguitarne. E Dio volesse che a grand'ora restasse solo il disinganno di una illusione svanita. Chi oserà oggidì parlare di studi alla Germania, ove delle cose necessarie non si manca di nessuna? Se quivi lo studio del dritto romano compiesi in due corsi, perchè crediam noi di potercene sbrigare con un solo ed in pochi mesi? Vero è che costà importa approfondir bene questo dritto come quello che pe' tedeschi non ha soltanto un valore storico; ma non terresti tu a molto folle colui che dove riconosce la necessità del suo studio e 'l raccomanda ed il richiede, se ne sta poi contento ad una conoscenza lievissima per non dir confusa, siccom' è quella che si acquista da' più in un tempo assai breve?

Se i professori del mio paese si avvieranno sulle orme del chiarissimo precettore di Lipsia, non mi rimarrò dal rendere di pubblica ragione un corso di Pandette elucubrato da uno de' primi e de' più noti giureconsulti di Germania, perchè i giovani, già rimessi in su la strada sicura dal nostro autore, vi potessero vedere i suoi principî discorsi con maniera più dogmatica esegetica e diffinitiva, e svolti pienamente nella pratica applicazione e negli effetti che se ne hanno.

Ma, checchè sia di questo, ei non sarà disutil cosa qui notare che essendo le materie discorse nelle Istituzioni non diverse per nulla da quelle che si spongono nelle Pandette, e che il solo divario non istà,

veramente parlando, che nella maggiore o minore estensione che si dà ad esse, il nostro libro può servire eziandio per chi voglia studiare il dritto romano in un sol corso. I professori (intendo di quelli che sono nel caso di poter ciò fare) si soffermeranno a ragionar più largamente quelle parti del sistema ch'ei crederanno abbisognare di più schiarimenti (nel che è lasciato il giudizio libero a ciascheduno), ed i giovani non ne dimenticheranno mai i punti di considerazione già fermati dall'autore. Imperocchè avendo eglino il nostro libro, vi troveranno i richiami a' principî che il loro professore disvolse, e per lunghe che possano essere le sue digressioni e i suoi comenti, non ismarriranno mai il nesso logico delle idee, l'accordo delle parti, l'intrinseco organismo del sistema.

Dopo di questo, gli è bene, discreto lettore, che io ti parli un poco del fatto mio. Traducendo, ebbi sempre inteso le voglie ad ambedue queste cose: a non dire nè più nè meno nè diverso da quello ch' è nell' originale; ad adoperare una forma semplice e chiara quanto ho saputo farla, sembrandomi il contrario cosa non degna di chi stimi i propri cittadini, e curi di non far mai opera di che abbia ad arrossire al cospetto di essi. Ho cercato che non si potesse porre contra di me veruna di quelle cotidiane querele di coloro, che vogliosi di studiare nelle opere tedesche sono necessitati di riceverne lo intendimento per la intramessa di certi traduttori; i quali sbalestrano, strafalciano, arrocchiano, ingannano se stessi ed altrui; purchè cavino le spese e facciano guadagno, del resto non si curano. Il che viene a dire che gli studiosi ne vanno col peggio, perchè, dove i libri tedeschi sono faticosi a penetrarvi dentro per cagion della lingua, le versioni riescono, non che inutili, nocevoli, ora per lo stile scompigliato de' traduttori, ora per le idee dimezzate, non comprese o prese a rovescio da loro. Le quali querele le troverai più che giuste sol che ti faccia a confrontare gli originali tedeschi con le versioni (da poche in fuori) che si fanno in Italia, nel Belgio ed in Francia. Così (per trarre esempio da una delle moltissime versioni francesi che sogliono dirsi compiute ed esatte) prendasi quella che del Mackeldey (*Lehrbuch des heutigen römischen Rechts*) fece Giulio Beving nel 1841 sull' undecima edizione tedesca di Giessen del 1838. Confronta, se vuoi, questa ver-

sione con l'originale, e troverai omissioni di voci, di periodi, di note, e ch'ei più, fin di paragrafi!... Per non rendermi colpevole di simiglianti omissioni ed infedeltà, frutto per lo più d'industrie calcolatrici, sii certo che di quelle diligenze, ch'io poteva usare, non mancai di nessuna; sicchè il mio autore non avrà, spero, a dolersi di me, siccome credo abbia fatto del Pellat, giurista non oscuro e Professore di dritto romano; il quale non si diede molta cura nel recar quest'opera in francese nel 1850. Difatti, lasciando stare le altre cose di minore importanza, ha frantese alquante parole, altre messo senza necessità in campo e che indarno cercheresti nel testo, ha rabberciati più luoghi, omesse talvolta delle particolarità notate dall'autore.

Quanto alla lingua che ho adoperata, amo e voglio sperare che non vorrai essere verso di me inflessibilmente rigoroso. Coloro che intendono le leggi e le licenze di tal sorta scritture mi condoneranno se talvolta ho fatto uso di parole non adoperate da' più severi scrittori; io fui condotto ad usarle ora per involontario trascorrere nell'uso comune, ora per ragione di necessità, cioè per non valermi di voci di men sincero ed aperto significato, ovvero d'altre di maggiore o minor senso che non son quelle del testo, ora perchè giudicai che la tal voce rendesse a capello il concetto dell'autore meglio che la tal altra; ora in fine per cagione della condizione stessa della lingua giuridica in Italia. Ad ogni modo spero mi sarà mite il tuo giudizio in grazia della molta industria da me posta intorno alla fedeltà ed alla chiarezza. A serbar le quali doti, conoscendo io che ne' luoghi oscuri per raccorciamenti di discorso e sovrattutto per l'indole sintetica dell'idioma tedesco può anzi deve chi traduce, caso cho ei ci vegga attacco, non già fare del suo, ma aggiugnere alcuna parola che spieghi meglio il pensiero o le sue menome gradazioni, non ho mancato d'inserirvela, badando non di meno che l'andar largo non mi facesse dare quel più che non ha l'autore, o dir due cose invece di una.

Quanto a' brani di dritto romano, originalmente trascritti in fine d'ogni paragrafo, ho avuto cura non solo di riportarli interi, dopo averli raffrontati con l'accuratissima lezione del *Corpus Juris* di Lipsia riveduta e riordinata da' fratelli Kriegel, Hermann ed Osenbruggen, ma ne ho aggiunti anche altri. Dove poi alcuna opinione del-

l'autore non mi è sembrata accettabile od ho trovato da aggiugnere qualche particolarità rilevante, o proposizione da rischiarare, ho curato di provvedervi con note ed avvertenze, e mi sono ingegnato che fossero più brevi che si potesse per tema di offendere il disegno e l'armonia di tutto il lavoro.

E ciò basti a dichiarazione o a giustificazione che si voglia dire, della traduzione e del traduttore. Il quale conoscendo quel che operò e quel che avrebbe potuto far meglio, non si terrà degno di tutte le censure de'critici, nè di tutte le lodi degli amici.

Napoli 15 dicembre 1852.

PREFAZIONE DEL TRADUTTORE

ALLA

PRESENTE EDIZIONE

Pubblicando nel 1852 la mia prima versione di questo trattato stimai di far cosa accetta e giovevole alle scuole giuridiche del mio paese; nè la mia aspettazione rimase delusa. Imperciocchè parecchi professori privati ricevettero come buono quel libro, e in breve corso di tempo gli esemplari vennero del tutto esitati. Da quell'ora, mentre da una parte faceansi di quest'opera quattro nuove edizioni in Germania e traduzioni in varie lingue, cresceano dall'altra le richieste di vederla tra noi riprodotta con nuova stampa. Laonde ho ragion di sperare che me ne sapranno maggiormente grado gli studiosi, se oggi, in cambio di riprodurre quella prima versione, ho curato che questa seconda edizione italiana non fosse senza le tante varianti e copiosissime aggiunte fatte sinora dall'autore a' debiti luoghi e in tutte le parti dell'opera. E veramente i concetti sono qua e là più compiuti ed espressi con più preciso linguaggio; ogni cosa composta con più ordine e rimessa a suo luogo; soppressi alcuni brani ed aggiunti altri in gran copia; altre fonti trascritte, previsti e risoluti i possibili dubbi, e finalmente chiariti con maggior luce que' punti storici che pareano alquanto oscuri. Così dove l'autore ha corretto i suoi errori, ho dovuto ancor io emendar quelli ne'quali ero caduto traducendo la prima volta il suo lavoro. Basta che si confronti anche a corsa di occhio la versione del 52 con la presente per vedere come questa, benchè fatta a tempo rubato e interrottamente, sia più emendata e perciò me-

ritevole di minori censure. Avrei ben potuto con la più grande facilità del mondo fare assai chiose esplicative; ma me ne sono astenuto, giacchè l'indole e lo scopo del libro non le comportavano. Solo mi è sembrato necessario lumeggiare con poche note alcuni luoghi che potrebbero riescire oscuri o formar nodo di difficoltà alla non provetta intelligenza de'giovani. Ed anche intorno a ciò che ho detto in esse non ho voluto dilungarmi di avanzo. Non era dicevole a me far pompa di dottrine quando l'autore n'è stato volontariamente così parco espositore. Ed in vero avrei distrutto il miglior pregio del suo libro, e sconosciuto in pari tempo e il concetto in cui guardò nel dettarlo, e i bisogni di coloro che, per un'antica tradizione conservata lodevolmente nel nostro paese e divenuta più necessaria oggi per la maggior ampiezza delle materie dogmatiche, debbono percorrere il corso delle Istituta e quello delle Pandette. I quali bisogni sono diversi perchè ognuno di questi corsi ha un ufficio suo proprio e determinato. Le Istituta van riguardate come una lineazione storica di tutte le dottrine del dritto civile romano da servire d'introduzione allo studio di esso, cioè a quello delle Pandette; il cui ufficio è più ampio, dovendosi svolgere scientificamente le varie dottrine, indicar come sieno incastrate e congegnate tra loro e discorrere in ispezialtà alla distesa quelle che ancor possono e deggiono rispondere a'bisogni pratici e perenni di ogni comunanza civile, e che pur si muovono ed agitano sotto que'preziosi frammenti del Digesto. Entrambi questi corsi han da procedere d'accordo tra loro, e non sono senza certa efficacia scambievole. Le Istituta sono, mi si conceda il paragone, l'anatomia del dritto romano; le Pandette ne rappresentano la fisiologia e la clinica. Colà il dritto è fermato, qui si move. Ivi si espongono le evoluzioni del suo passato, qui si discorre del suo presente e del suo avvenire. Le Istituta sono deputate a porgere una chiara e precisa notizia delle varie dottrine nel loro storico svolgimento ed a stabilire i principii che le governano senza scendere nel campo sterminato delle loro applicazioni schivando d'intromettersi nei particolari, e senza trasandare quel che oggi non sarebbe d'at-

tuare. Quivi tutte le dottrine dèonsi coordinare in modo che le attinenze correnti tra loro rispondano al modo di vedere del dritto romano ed alla storica e progressiva manifestazione che ebbero sino all'età di Giustiniano. Per contrario le Pandette, supponendo coteste nozioni, senza le quali i più de'giovani si trovano intrigati in un cieco laberinto, sono deputate a mostrare la importanza filosofica e pratica di ogni dottrina, non priva della facoltà di potersi recare ad atto, ed il modo come applicarne i principii a'casi particolari e concreti con la scorta de'romani giureconsulti. Ondechè l'analisi storica deve cedere il posto ad una sintesi vasta e comprensiva, la pura didascalica alla dialettica, l'erudizione alla vera dottrina. E poichè è debito di guardare innanzi tutto all'odierno uso ed adoperamento del dritto romano, ne segue di doversi toccare eziandio delle modificazioni recate dalle moderne legislazioni, e le opinioni controvertite o dominanti nella pratica spesso iniziatrice della scienza od emendatrice di assai dogmi giuridici. Se il dritto romano ha un'importanza assoluta perchè ha una perfezione non altrove raggiunta, non vuolsi dimenticare l'importanza relativa che esso ha eziandio per noi siccome fonte della nostra vivente legislazione. Il perchè, conforme al genio eminentemente positivo, razionale e sintetico della scuola italica, rappresentata sovratutto da tanti e tanto cospicui giureconsulti napoletani, e come ancor l'indole e lo scopo di simili studii richiedono, bisogna mostrarne la utilità pel dritto civile odierno e preferire le verità pratiche alle vaghe astrattezze. Chi non sa ricercare i più minuti particolari di un fatto ed applicare ad essi i principii astratti della scienza non è giureconsulto: non può meritare tal nome. Inoltre non si può a rigore accettare del tutto lo stesso sistema seguito nelle Istituta; imperocchè nelle Pandette l'istituto giuridico in generale deve apparire svolto e compiuto come è uscito dal processo storico di già percorso, avvisarsi nella vera sua indole, e però occupar nel sistema il posto che richiede il fine a cui naturalmente è deputato.

Di quindi a me pare che un libro d'Istituta possa riuscire utile

comunque e dovunque sia stato scritto, purchè non esca da'confini del puro dritto romano, e lo esponga tal quale si trova nelle sue fonti. Per contrario, poichè un corso di Pandette non può rimanere alieno e serbarsi estraneo a' bisogni pratici della vita, che variano secondo il pensiero, l'indole e le condizioni storiche di un popolo, nè omettere sì di far notare come que'dogmi sieno atti a riuscire a molte conseguenze fattive e feconde, e sì di porli criticamente a riscontro con le idee ricevute nella propria legislazione, bisogna che venga concepito e disteso là dove si vuole esso insegnare. Ondechè la promessa già un tempo da me fatta di tradurre un corso di Pandette composto in Germania oggi non posso più mantenerla.

Certo, noi abbondiamo e soprabbondiamo di molti corsi di Pandette, eziandio eccellenti, e niuno può dubitare de'grandissimi progressi fatti in questi tempi dal dritto romano. Dopo che l'Alciato, il Cujacio e il Donello, seguendo l'impulso del secolo XVI, che recava nella filosofia il libero esame e la negazione dell'autorità, ebbero scosso il giogo del Bartolismo e interrogato in altra guisa il dritto romano, cioè con una esegesi più sicura pe'sussidii della filologia e della storia, l'attività scientifica di Europa ci ha lasciato intorno ad esso opere gravissime e non periture. La critica de' testi e la scoverta di altre fonti giuridiche ignote agli antichi, la storia della giureprudenza romana presso i popoli moderni, la scuola storica e la dogmatica, massime in Germania, hanno arricchita la letteratura giuridica di tali e tanti lavori che a pochi è dato oggimai di stampar orme luminose o di raccogliere qualcosa altra in questi campi con sì grande dottrina e pazienza coltivati. Pur nondimeno da sì gran copia di ricchezze non si è tratto ancora tutto il profitto possibile. Senza parlare di quelle opere che non rispondono ad una obbiettività reale e concreta, e non ci porgono altro se non le conclusioni di una filosofia meramente speculativa, la più parte de' manuali alemanni in fatto di Pandette si contentano di esporre schiettamente le disposizioni del dritto romano senza discuterne le cagioni, mostrar le parti latenti di un principio e

svolgerlo sotto quegli svariati riguardi i quali constituiscono il vero pregio delle opere di un giureconsulto. La critica materiale è più che scarsa, salvo ohe in pochi trattati speciali ed in poche monografie fra le tante che tuttodì si danno a stampa, ch'è proprio un barbaglio. Il dì d'oggi porta con sè altri bisogni, e vuole altri lavori. Non si tratta di seguire tradizionalmente una dottrina nel senso che sia bastevole ripetere i principii generali che si rinvengono nelle sorgenti, e vederli da quel solo lato da cui si mostrano (il che importa vederli falsi), ma occorre determinarli in tutta la pienezza del loro essere e della loro distesa, giusta le più certe conclusioni storiche, dommatiche e filosofiche, alle quali oggi è pervenuta la scienza del dritto romano. E ciò si può dire anche delle cose che sembrano di una estrema evidenza. Così molte e molte regole si trovano già ristrette in formole nelle fonti, altre non poche si sono costruite sul fondamento di questo o di quel frammento, e non vi è scuola o foro ove non risuonino, non c'è libro che non le ripeta. Ora a prima vista il significato oggettivo di questa o di quella regola sembra facile, ma quanto studio ed acume non è richiesto per saperne gli essenziali presupposti, le modificazioni necessarie in questo od in quel caso, i confini, in somma, e l'opportunità della sua applicazione?

Ma se la difficoltà di simile lavoro non dee rattenerci dal continuare sopra di esso i nostri studi, non vuolsi non per tanto indugiare l'adempimento del dovere che c'incombe di venire in aiuto de'nostri giovani uditori con un altro di minor lena e di effetto non manchevole. Il desiderio dell'ottimo, che ci fa lentissimi a scrivere, non deve impedirci di porgere il buono, massime quando è pure urgente che si faccia. Ora io credo che una leziono di dritto, specialmente nel campo delle Pandette, ove la materia si distende larghissima, per essere veramente profittevole debba potersi, a così dire, compendiare nella mente dei giovani, rimanere ne'suoi principali tratti esposta a'loro sguardi, alle loro considerazioni. Spesso i concetti del professore sono interpretati a rovescio, non avvertite le distinzioni, o malage-

volmente raggiunte, i luoghi delle fonti e degli autori che si citano non ricordati nè bene intesi dal più di coloro che l'odono. Questi sconci si potrebbero rimovere con un'opera che offrisse come in un quadro tutto l'organamento del sistema, ed esponesse in modi semplici e brevi ogni singola dottrina con un continuo rinvio alle fonti giuridiche e letterarie. Quelle brevi note e rinvii sarebbero di grande utilità alle meditazioni degli studiosi i quali, rifacendosi col pensiero sovra le cose udite in iscuola, avrebbero così il modo di richiamare alla loro mente le particolarità facili a dimenticare, e compirebbero i loro giudizii non su ricordi fantastici, ma sovra oggetti esposti alla loro immediata percezione. In questa guisa farebbero con men disagio maggior cammino; avrebbero una guida per seguire tutto il corso dell'insegnamento; vi troverebbero posti i punti su cui giova annodare le fila d'ogni lezione; e, ch'è più, in iscambio di pigliar note scorbiate e inesatte di ciò che ascoltano, seguirebbero con più intento e profitto i ragionamenti del professore. Intorno a un simile lavoro, che avrà il titolo di *Sinopsi delle Pandette*, io spendo da qualche tempo una buona parte delle mie cure, e spero di renderlo quanto prima di pubblica ragione. Così se andrò errato in alcun luogo, sapranno ammonirmene i molti che più di me sanno, e i loro ammonimenti serviranno a farmi avvisare sotto nuovi aspetti or questa or quella dottrina e mettere a nuovo esame il proprio modo di vederci dentro. Così ancora potrò emendare il corso delle lezioni che vo' dettando dalla cattedra, e delle quali la mia Sinopsi conterrà l'intima costruttura ed i peculiari lineamenti.

Da ultimo, a rendere più proficuo il presente volume, mi è piaciuto di aggiungervi in fine due appendici. La prima contiene un quadro cronologico della storia del dritto romano composto con poche varianti su quello del Rudorff, a fin di ridestare nel leggitore la ricordanza de' periodi più importanti di essa, e di porgergli la cronologia delle leggi e de'senatoconsulti con la notizia delle età in cui vissero i più grandi giuristi e dei lavori più notevoli di giureprudenza; la seconda porge disposto

con ordine alfabetico un indice di tutti i titoli che si trovano ne'libri di dritto civile non meno che in quelli di giure canonico, le cui fonti sono utili eziandio per lo studio delle alterazioni, mutamenti e vicende del dritto romano nel medio evo. Di tal guisa riuscirà più che agevole il riscontro di ogni brano o frammento che venga citato in antiche o moderne opere giuridiche quali che siano i modi di citazione e le edizioni che s'abbiano del Corpo del dritto. I giovani volonterosi intendono quello che io dico. Per non aver bisogno di questo indice ed essere in grado di rinvenir prestamente i luoghi da riscontrare, forza è che siesi presa grande assuetudine con tutto il corpo del dritto oivile e canonico. Certo, gli è questo un lavoro quanto facile e fastidioso a fare, altrettanto utile a'giovani. Lo accolgano, dunque, ed acoettino come si fa delle coso che si danno in dono quale giunta cortese a buona derrata.

Napoli 25 settembre 1866.

DISCORSO PROEMIALE

dell' Autore

PER LA PRIMA EDIZIONE

Egli si richiede un certo grado di abnegazione in chi dopo aver disteso un corso di Instituta tanto breve e ristretto, e di sistema sì semplice e di mole sì tenue, siccome è il nostro, lo reca al pubblico, in un tempo, in cui simili lavori sul dritto civile romano mirano sì alto, così pel rispetto del sistema, come per quello della estensione delle materie, che vi sono discorse. Ma appunto il pensiero principale dell'autore non fu altro se non che di rendere, il più che si può, semplice il sistema, e di accogliere in questo volume quel tanto che da sì gran copia di cose a lui sembrò bisognevole cavar fuori per un trattato, che fosse destinato al primo insegnamento del dritto.

Il disegno, con cui quest'opera è condotta, non mira in generale alla novità ed alla originalità. Esso è, secondo i suoi tratti proprii fondamentali, già cognito da gran tempo, e che all'esempio di simiglianti opere più antiche, troviamo seguitato eziandio nelle Istituzioni di Giustiniano; il perchè siam usi di addimandarlo *Sistema romano delle Istituzioni*. Se non che l'autore, abbracciando con la sua mente tutto il sistema, vi ha recato alcune modificazioni ordinate a tòr via alcuni difetti che ad esso furono apposti; nel che, da una parte, ei procedè altri-

menti, che per ordinario non fanno coloro che trattano di proposito queste materie; dall'altra, là, dove non ebbe motivi di operar diverso, si attenne al sistema romano molto più strettamente che non si suole. Da quest'ultimo punto ch'ebbe in veduta, molte novazioni apparenti si chiariranno di leggieri, verran situate nel lume di una piena evidenza, e, forse, a tal modo torneranno accette per mezzo delle loro logicali conseguenze. Ancor là, dove si fece l'autore a divertire dal consueto cammino, verbigrazia, ove separò il *dritto delle persone* dal *dritto di famiglia*, ei crede, attese le avvertenze da lui avute nel porre in rilievo il modo di considerare de' romani, di aver provveduto che lo spirito del loro sistema non isparisse, nè si rompesse violentemente il filo storico di esso.

L'autore non ebbe voglia di andare più oltre. Abbian pure i numerosi o nuovi tentativi che si son fatti per mettere in altro sistema il dritto privato de' romani, un gran pregio scientifico, e sembrino inoltre provvedere ad un bisogno essenziale del tempo che viviamo, per la elaborazione del dritto romano *odierno*, e perciò pe' *Corsi e Manuali delle Pandette;* non però di meno l'autore, per isvariati tentativi ed esperienze, si convinse sempre più, che là dove si tratta di una introduzione allo studio del dritto romano e di uno storico svolgimento di esso, il così detto sistema romano delle Istituta offre utilità preponderante ad ogni altra, tra perchè gli è desso il sistema romano, e perchè vi si lega in tante guise allo storico progresso del dritto, e pone in gran rilievo le sue contemplazioni fondamentali. Aggiungi che tutt'i saggi di metodica non ad altri possono riuscire intelligibili ed utili, eccetto che a colui, il quale venne in una certa famigliarità col dritto romano. Così, eziandio sotto questo rispetto, le Istituzioni e le Pandette si collegano insieme, e scambievolmente si compiono.

Per ciò che concerne le materie da accogliere, il pro-

posito dell'autore non fu di trattare od almeno di toccar succintamente quel molto che, secondo il metodo predominante al dì d'oggi, suolsi porre ne' corsi d'Istituzioni, ma sì di contenersi entro i confini di quel che era più necessario a sapere. Imperocchè, a quel che pare, in questi ultimi tempi, certo con buona intenzione e sotto il pretesto assai singolare di farne una compiuta esposizione, si sono non di rado confusi i limiti delle Istituzioni e delle Pandette, per maniera non utile ad entrambi questi corsi. Veramente, molte cose, nelle singole parti, dipendono dal modo di vedere individuale; e inopportuno vuolsi dire il discutere se, o sino a qual punto una data materia debba trovare il suo posto nelle Istituzioni. Nè deesi trasandare, che molte cose, delle quali non si fa special menzione ne' paragrafi, si trovano bastevolmente indicate ne' testi già riportati, e a bella posta rimesse a' professori affinchè le spieghino col vivo della voce.

Infatti, una qualità ch'è propria di questo Trattato consiste in ciò, che per ogni singolo principio contenuto ne' paragrafi, non sono citate a piè di pagina le sorgenti giuridiche, ma si riportano alcuni brani opportuni che vi hanno immediata connessione, e che formano in certo modo una parte integrante del testo medesimo del paragrafo. Non potea nè doveva esser nostro proposito di giustificar tutte cose con autorità; il che, in generale, è da dubitare che s'abbia per commendevole in un corso di lezioni sulle Istituta. Chè, quanto più sono le citazioni delle sorgenti nelle note, tanto meno se ne raggiunge l'intento; la quantità de' testi da consultare, e la difficoltà d'intendere passaggi spesso lunghi ed oscuri sgomentano i principianti. Ciò non sembra strettamente richiesto se non pe' trattati delle Pandette. Tuttavia è a desiderar caldamente che, il più che si può, di buon'ora lo studioso, che si fa a studiare le discipline giuridiche, abbia occasione di prendere in certo modo fidanza con le varie sorgenti del dritto romano, con la loro lingua e

con l'indole propria di ciascuna di esse. L'autore ama credere di potere nel miglior modo conseguire questo scopo procedendo per la via da lui scelta. Di qui si giustifica il posto da lui assegnato a' brani delle nostre fonti giuridiche, le quali così formano, a quasi dire, una continuazione in latino degli stessi paragrafi dell'opera. Di qui quella tale coesione intrinseca serbata dall'ordine in cui son messi que' brani, onde paiono, come a dire, un comentario non interrotto. Di qui la scelta di que' luoghi, che non possono riescire difficili all'intelligenza de' principianti, e che sono specialmente tratti dalle Istituzioni. Di qui finalmente la cura ch'ei s'ebbe di cavare que' brani da tutte le sorgenti giuridiche, dalle più antiche sino alle Novelle di Giustiniano, a fine di far notare per quanto è possibile insino dal principio la diversità de' modi di dire che si trovano in tutte queste sorgenti, e la mente varia e 'l vario intendimento che vi predomina. Con ciò spiegasi pure molto agevolmente il perchè molti luoghi assaissimo importanti sotto altri rispetti per la interpretazione del dritto romano, dovettero essere omessi, come quelli che non erano appropriati allo scopo che l'autore si propose. Nè si può con equità disapprovare il numero proporzionatamente assai scarso de' brani citati in sostegno di molte dottrine importanti; chè, chi si fece per certe teoriche, per es. per quella del possesso, della *rei vindicatio*, e via discorrendo, a riunire de' brani che potessero convenire allo scopo su esposto, e che non facessero anzi che schiarire, frantendere le idee, per la gran quantità di quistioni e di ricerche peculiari, le quali devono rimanere estranee ad un corso d'Istituzioni, riconoscerà la difficoltà dell'impresa, e tal mancanza di proporzione ci l'avrà per assai scusabile e quasi necessaria. Nondimeno non è da dubitare, che molti de' luoghi che si trovano riportati a piè d'ogni paragrafo, hanno bisogno di essere interpretati. Alla qual cosa provveder deve di passaggio il professore nel dichiarar ch'ei farà

i principî giuridici. Per tal modo gli verrà il destro desiderabile di frammettere qua e là delle note esegetiche, le quali potessero tornare utili per le future lezioni sulle Pandette, e preparare acconciamente le menti dei discepoli al tema (da risolvere di poi) di una più alta interpretazione.

L'autore deve forse sentire ancor l'uopo di giustificarsi se unicamente riportò notizie assai scarse di letteratura intorno alle sorgenti giuridiche propriamente dette, e se omise di citare antiche e nuove opere di giurisprudenza. Per quanto non isconosca quel molto di buono, e, in parte, di eccellente che si trova in tali opere, in quelle sovrattutto de'suoi contemporanei, per quanto ei riconosca schietto ed aperto, di averne profittato non poco, massime per il presente *Trattato*, pure non sa persuadersi come possa ad un corso d'Istituzioni convenire una continua notizia della letteratura del dritto civile romano. Gli è questo, piuttosto, ufficio da attendervi ne'grandi e distesi trattati delle Pandette. Si può, egli è vero, pei corsi d'Istituzioni, tenere una via media, imprendendo, cioè, a far conoscere, così per transito, a coloro pei quali sono direttamente destinate le Istituta, quel che vi è di meglio e di più eccellente nella letteratura del dritto civile, per quanto ciò possa convenire ad essi ed a'loro bisogni; ma l'autore dichiara francamente ch'egli non si tiene da tanto a risolvere questo problema, e che una soluzione soddisfacente di esso la reputa non pure assaissimo difficile, ma anche, sotto certi riguardi, impossibile. Ed in vero, un libro giuridico può essere ottimo nel suo genere, e non di meno non convenire a'primi studî del dritto, sia per cagion della sua estensione, sia per lo scendere ch'ei faccia in molti particolari e nella pratica applicazione, od anche perchè è destinato a coloro che abbiano già fatto più cammino in simili discipline. Ciò va detto sovrattutto della più parte delle monografie, le quali sono, del resto, moltissimo importanti.

Or da quali principî bisognerebbe egli fare una scelta, quando si dovesse nel modo antidetto non omettere spesso il meglio, nè far tante citazioni, che evidentemente, secondo il disegno e lo scopo di cotal trattato, non dovrebbero aver luogo? Aggiungasi anche la diversità delle considerazioni individuali, non solo per ciò che concerne in generale i confini di simile scelta, ma anche per quel che risguarda il merito delle singole opere giuridiche, sì antiche come moderne, certo difficile ad estimare relativamente allo scopo sopra citato. Non dovendo un corso d'Istituzioni contenere che pochissime notizie di letteratura giuridica, a noi sembra addirittura miglior consiglio rimetterne la scelta a ciascun professore senza dirgli cosa alcuna sul proposito. Pertanto, se il professore crede di dover sovra ogni materia ragguagliare i suoi discepoli di una letteratura assai ricca, od anche compiuta, i libri che gli verranno in aiuto sono così numerosi, che non gli sarà difficile raggiugnere questo scopo con far rimandi ad essi senza che accumuli una congerie di citazioni, le quali ingrandiscano la mole del libro, e che saranno appresso ripetute nelle Pandette.

Lipsia, il gennaio del 1839.

PREFAZIONE DELL' AUTORE

ALLA

7.ª ed 8.ª edizione

Quando, sono già 20 anni, questo Trattato fu per la prima volta posto a stampa (1839), la prefazione di esso dichiarò con semplicità lo scopo, cui miravo; il disegno ed il metodo che lo informavano. La benevola accoglienza, che gli fu fatta, confermò l'autore nella opinione di avere, almeno in parte, raggiunto il suo scopo, sopperito, se non altro, ad un bisogno del tempo. Da quell'ora è sorta la necessità di farne molte edizioni; la seconda nel 41, la terza nel 46, la quarta nel 49, la quinta nel 53, la sesta nel 57, e finalmente la settima nel 1862. Pur non di meno se in tutte queste edizioni, non esclusa la presente, il disegno, l'ordinamento ed il metodo sono rimasti gli stessi, non ostante parecchi cangiamenti nelle singole parti, di ciò vuolsi assegnare la ragione. E tanto più è mestieri dirne qualche cosa, in quanto che in questo mezzo tempo il metodo d'insegnare il dritto romano ne'corsi accademici non è rimasto qual era, ma gli si sono recate parecchie mutazioni, alcune delle quali possono davvero tenersi per opportune e consone a'bisogni del

tempo. Se non che quasi tutte queste innovazioni si son fatte veramente per le lezioni accademiche intorno all'odierno dritto romano, al così detto dritto delle Pandette. Esse connettonsi con lo studio più che assennato, anzi necessario che si fa per accomodare, quanto è possibile, il dritto romano a' nostri odierni bisogni pratici, e sovra tutto per accordarlo vie più co' molti elementi del nuovo e del novissimo dritto germanico, che specialmente hanno valore nella vita presente. Per contrario, siffatte innovazioni assai meno concernono la trattazione scientifica del dritto romano puro, destinata soltanto a servire di fondamento storico al dritto odierno. Imperocchè essa è, di sua natura, indipendente dalla condizione della rimanente vita giuridica alemanna, ed ha tuttora il semplice ufficio di spianare la via ad una profonda conoscenza del giure romano come ci vien pòrto nelle sue fonti insino a Giustiniano.

Che anche per quest'ultimo riguardo io mi sia veramente adoperato a non trasandare gli scientifici progressi del novissimo tempo, per quanto l'interno ed esterno ordinamento di questo trattato lo comportava, si fa chiaro da un'accurata comparazione delle diverse edizioni. Nessuna è rimasta senza formali e sostanziali miglioramenti, co' quali non solo ho tentato di allargare od accorciar la materia ove mi è sembrato opportuno, ma di fare eziandio più intendevoli, mercè un dettato più semplice e più limpido, molte cose che avevo significate con brevità Non pochi di questi miglioramenti van dovuti al consigli di benevoli amici, a'quali io qui rendo le grazie più cordiali. Più di una volta mi è venuto un imperioso desid-

rio di dare alle materie una più larga trattazione, sovratutto per allontanare una erronea intelligenza da parecchi leggieri accenni e costrutti a bella posta da me usati, o, se non altro, per giustificarli, ma non mi sono lasciato vincere. E con ragione, giacchè una certa sobrietà rigorosamente osservata sin dal primo apparire del libro corrisponde all'indole di esso, e gli ha procacciato in Germania ed altrove amici e protettori.

Del che fan fede le molte traduzioni che si son pubblicate. Fino ad ora sonmi note le versioni già fatte in Francia, in Grecia ed in Italia. Altre tre versioni mi sono state annunziate, una inglese, un'altra portoghese, ed un'altra vallacca, quale come presso ad uscire in luce, quale come già compiuta.

Mi giova, dunque, sperare che quest'ultima edizione abbia lo stesso accoglimento che s'ebbero le prime.

TAVOLA
DELLE DIVISIONI DELL' OPERA

LIBRO SECONDO

Il dritto delle Persone, o teoria delle persone e delle condizioni della loro capacità di dritto.

CAPITOLO PRIMO

PRINCIPII GENERALI SULLE OBBLIGAZIONI

CAPITOLO SECONDO

ORIGINI E FONDAMENTO DELLE OBBLIGAZIONI

Titolo primo

Delle obbligazioni che nascono *ex contractu*.

I.

Esposizione del sistema de'contratti nella sua primitiva purità.

II.

Successiva estensione del numero delle convenzioni produttive di azioni.

CAPITOLO SECONDO

DOTTRINA DELLE RELAZIONI TRA ASCENDENTI E DISCENDENTI E DELLA PATRIA POTESTÀ IN PARTICOLARE

I.

Della natura e degli effetti della potestà patria.

II.

Acquisto della patria potestà.

III.

Cessazione della patria potestà.

CAPITOLO TERZO

TEORIA DELLA TUTELA E DELLA CURATELA

CAPITOLO TERZO

DELAZIONE DELLA EREDITÀ SENZA TESTAMENTO, AB INTESTATO

CAPITOLO QUARTO

DELAZIONE DELLA EREDITÀ CONTRA LE DISPOSIZIONI DI UN TESTAMENTO

CAPITOLO QUINTO

ACQUISTO DELLA EREDITÀ

SEZIONE SECONDA

Teoria de'legati e de'fedecommessi.

SEZIONE TERZA

INTRODUZIONE

§ 1.

Nome, contenuto e scopo delle istituzioni del dritto romano.

Le istituzioni del dritto romano, come corso accademico, van risguardate come un' introduzione non solo per lo studio del dritto romano, ma eziandio per quello della scienza del dritto.

La ragione, per la quale già da secoli nelle nostre Università lo studio del dritto vien cominciato col giure romano (straniero d'origine pe' tedeschi) è storica innanzi tutto; giacchè questo dritto, durante il medio evo, è stato ricevuto in Germania, ed è rimasto persino ai nuovissimi tempi il più importante fondamento della nostra condizione giuridica. Si aggiunge ancora un'altra ragione scientifica, la quale conserverà perennemente il suo vigore ancor quando quella ragione pratico-storica, almeno nel primitivo suo grado, dovesse venir meno. Oltre ciò il dritto romano, a cagione della sua interna eccellenza e del suo conseguente perfezionamento, in sè stesso compiuto sotto il rapporto teorico e pratico, riesce eminentemente più che acconcio ad una regolare introduzione per tutta la scienza del dritto. D' onde il nome *Institusioni*, verrà detto nella storia delle fonti del dritto romano (1).

In fine vuolsi dar principio con una introduzione a tutto lo studio del dritto, perchè ad un corso di giure romano è bene premettere alcuni principî propedeutici, che non contengono propriamente dritto romano, ma formano la base comune ad ogni dritto positivo.

I.

IL DIRITTO IN GENERALE, SUA NATURALE ORIGINE, SUO PROGRESSO E SCIENTIFICA TRATTAZIONE.

§ 2.

Il Dritto e lo Stato.

Dritto è tutto ciò che corrisponde all' idea del giusto ed alle sue leggi.

Questa idea del giusto è nella più intima connessità coll'idea del

(1) Veggasi il § 53.

bene morale. Entrambe si originano, secondo il loro ultimo fondamento, dalla medesima sorgente, dalla ragion pratica dell' uomo, e sono derivazioni di una sola ed eterna verità, secondo la quale gli uomini e come individui e come università sono capaci di un sempre progressivo perfezionamento, al cui acquisto uopo è che si attenti con isforzi continui, sempre raddoppiati. Quindi il dritto e il bene morale si appresentano non contrarî fra loro, bene sì come parti di uno stesso tutto che si compiono a vicenda, e che son destinate a rafforzarsi per tutti i lati, ed a far raggiungere con siffatto consociamento di forze i più alti fini proposti all' umana esistenza. Non dee dunque parer cosa strana se i Greci dinotarono col nome generale di Etica la dottrina del dritto e quella della morale, come un tutto scientificamente organato. Nondimeno una separazione di esse è, in astratto, secondo i naturali confini ed altri rapporti in che stanno tra loro, non solo possibile, ma benanco necessaria, così per la vita stessa, come per la scienza.

L'idea del dritto prende varie forme nelle molteplici prove che si fanno ad effettuarla praticamente ed a renderla visibile nella vita dei popoli; le quali varietà son condizionate parte dal sempre mutabile grado di cultura di un popolo, parte da più altre circostanze esterne. Ma sempre noi la troviamo in istrettissimo legame colla idea dello Stato. Il dritto e lo Stato sono due storici fenomeni, che non mai ci si offrono disgiunti, ma sempre uniti. La ragione si è, che solo nello Stato, cioè solo in una ordinata civile società di uomini formanti de' grandi o piccioli popoli, sotto un' autorità comune, esterna e da tutti riconosciuta, si può attuare nella vita l' idea del dritto. Certo, appartiene all'essenza del dritto, che esso, come tale, sia riconosciuto generalmente dalla comunanza di quelli, che come popolo formano lo Stato, e che, in conseguenza sia vigilato e garentito dall' autorità dello Stato medesimo, siccome organo del consorzio civile. In ciò appunto rilevasi esternamente il carattere del dritto spiccatamente distinto da quello della morale. Entrambe, la dottrina del dritto e quella della morale, convengono in questo, che esse impongono *leggi*, prescrizioni, alle quali l' uomo, come essere libero e ragionevole, deve sottoporre sè e le sue azioni. Ma i precetti della morale portano in sè, sotto un duplice aspetto, più il carattere di leggi semplicemente individuali; parte perchè, secondo il loro essere, si fondano sull' interna coscienza d' ogni uomo, parte perchè, secondo la loro efficacia, solo dagli stessi individui e dalla loro coscienza son valutati, e perciò capaci unicamente di un interno costrignimento. Al contrario, le prescrizioni di dritto, come quelle che emanano dalla generalità della comunanza civile, quindi dallo Stato, dal popolo, vengono anche sorvegliate come leggi universali da questa medesima comunanza; stantechè l'organo di esse, l' autorità dello Stato, astringe ognuno, quando occorra, ad osservarle per mezzo di esterni provvedimenti.

La quale giuridica costrizione non reca veruna offesa alla dignità della libertà umana, e non è mica in contradizione con essa; chè le prescrizioni del dritto provvengono da quegli stessi che devono osser-

varle e che concorrono a formare l' universalità, e quindi paiono solo come una limitazione della libertà dell' uomo imposta dalla ragione, senzachè la comune libertà giuridica, parte importante della libertà umana, non potrebbe sussistere.

§ 3.

Dritti e doveri di Dritto.

Per attuare l' idea del dritto e della libertà giuridica è necessità, che ad ogni uomo, come cittadino, cioè, come membro della grande comunità dello Stato, si assegni la sua sfera di libertà esterna o di dritto, entro la quale ei debba e possa a suo grado operare senza offendere la eguale sfera del dritto e della libertà altrui. Finchè ei si sta nel cerchio che gli fu assegnato, si comporta sempre giuridicamente, e lo Stato lo garentisce da ogni pregiudizio che altri gli possa arrecare, pregiudizio che suona un torto non tollerabile. Il perchè ognun deve reciprocamente obbligarsi di rispettare la eguale sfera di libertà, la sfera del dritto altrui, e di astenersi da ogni violazione di essa, come da un torto. Quindi si svolge una catena di reciproci dritti e doveri infra tutt' i cittadini, e tutti gli avvince. Gli atti esterni, che cadono nella sfera giuridica assegnata ad un cittadino, e ch' egli ha pur dritto di compiere, garante lo Stato, formano i suoi dritti, *jura*, nelle loro singole manifestazioni detti benanche *facoltà*, *facoltà giuridiche*. I doveri ad esse corrispondenti e che incombono ad altri, sono, come ognun vede, una conseguenza naturale e necessaria di que' dritti. Ciò posto, chi riconosce, come deve, tutt' i dritti altrui, e fornisce convenientemente i proprî doveri giuridici, opra secondo il dritto, conforme a giustizia.

Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat. Omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. Ulpian. in fr. I. pr. D. XLVII, 10 de iniur.

Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Juris praecepta sunt haec; honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. Pr. et § 3. Inst. I. 1. de Just. et Jure.

§ 4.

Rapporti di dritto. Dritto Pubblico e Privato.

Dall' idea de' dritti e de' doveri giuridici, svolta più sopra, derivano di necessità certi umani rapporti, o relazioni, in cui stanno giuridicamente tra loro i membri della comunanza civile.

Le si appellano rapporti di dritto, e sono di due specie, come tutta la condizione dell'uomo nello Stato ed inverso allo Stato.

Primamente, l' uomo sta come singolo individuo, come cittadino, rimpetto ad altri singoli individui, suoi concittadini. Da questa condizione si disvolge una quantità di rapporti di dritto degli indi-

vidui tra loro, i quali rapporti non sembrano aver diretta ed immediata importanza che per quest'essi, come individui, *privi*, cioè *singuli homines*, *privati*, senza che tocchino immediatamente all'interesse di tutto lo Stato. Il perchè lo Stato rimette più o meno all'arbitrio di cotestoro la misura e l'indirizzo di queste giuridiche relazioni; non pone in generale che certi stabili principî, secondo i quali ei vuol vederle riconosciute e giudicate nel miglior modo compatibile col bene comune e con lo scopo generale del dritto. Essi formano il Dritto Privato, *Privatum Ius*, che ancor bene da' Romani fu detto *jus civile*.

Ma l'individuo coopera pur egli, come membro, a formare la comunità di tutto lo Stato, e vuolsi in questo riguardo considerarlo più addentro non come individuo, ma come parte integrante di essa. Da ciò risulta una quantità di rapporti di dritto, i quali più o meno mediatamente, ma sempre concernono e interessano l'individuo non già nelle sue relazioni come individuo verso di un altro, ma piuttosto ne'suoi rapporti colla comunità di tutto lo Stato. Questi sono dunque rapporti dello Stato medesimo, e i principî che li governano formano il dritto pubblico, *publicum ius*. Ad esso appartiene e la politica costituzione dello Stato con le diramazioni speciali che vi si collegano, e la teoria de' singoli poteri del governo, cioè di quei poteri che sono ceduti a' superiori, giusta la costituzione dello Stato, a fin di reggerlo ed attuarne lo scopo fuori e dentro di esso, e finalmente la esatta osservanza di quei principî fondamentali, con cui cotesti poteri vogliono essere esercitati.

Del resto, e ciò si scorge per naturali ragioni, una linea di separazione tra il dritto pubblico e'l dritto privato non può porsi così bene, che non rimangano più cose, che da una parte e per certi rapporti non sembrino appartenere al *jus privatum*, e quindi rimessi all'individuale disposizione privata, e d'altra parte e sotto altri rapporti al *jus publicum*. Nel quale ultimo dritto si rinvengono molti principî fondamentali, cui lo Stato, per motivi di utilità pubblica, considera come immutabili per guisa che si sottrae assolutamente ad ogni arbitrio privato. Egli è un fatto storico indubitato, che negli Stati non venuti molto innanzi a civiltà gran parte di ciò che propriamente appartiene al dritto pubblico prende forma di semplice dritto privato, e che a poco a poco, posciachè lo Stato acquistò maggiore coscienza della sua condizione e del suo compito, va a ricadere nella sfera del dritto pubblico. Per contrario, vi ha certe condizioni politico-religiose di un popolo, per cui molti rapporti di dritto, che secondo la loro natura appartengono propriamente al dritto privato, assumono una forma la quale sarebbe più propria del dritto pubblico. Entrambi questi fatti sono in ispecialità confermati dalla storia del dritto romano.

L'uomo individuo si offre finalmente e come parte integrante e come membro di quella comunanza religiosa, alla quale si aggrega secondo la sua intima, od almeno esternamente manifestata credenza. Per tal modo egli entra in rapporti religiosi più o meno speciali; e questi, in quanto che non restano generalmente nella sfera della pura

morale, ma prendono un carattere giuridico, talvolta si confondono del tutto cogli altri rapporti di dritto esistenti nello Stato, specialmente là, dove la religione è veramente nazionale. Così fu presso i Romani, i quali posero con sano consiglio il *jus sacrum* nel *jus romanum publicum*. Ma ove manchino queste condizioni, come ne' nostri Stati Cristiani, ivi il rapporto de' singoli credenti colla loro società, cioè colla loro Chiesa, forma un proprio e speciale dritto, il *Dritto Chiesastico*.

Esso veramente, per quanto concerne la condizione della Chiesa verso lo Stato, appartiene al dritto pubblico. Ma in quanto che tocca, come spesso è il caso, i rapporti giuridici de' singoli come tali, e congiungesi ad essi, modificandoli, si accosta più al dritto privato. Molta parte di esso sta su i menzionati confini tra il dritto pubblico e il puro dritto privato; ma in nessun caso son da confondere que' principî fondamentali di dritto, che in sè contengono determinazioni del vero diritto pubblico o del dritto privato, ma accidentalmente sono attinti dalle fonti, che ben si connettono colla storia della Chiesa e del dritto chiesastico che si disvolge. Del che ci porge un esempio una gran parte del nostro dritto canonico. Può intervenire che uno Stato abbracci più nazioni, e che ciò nullameno esse riconoscano sovra di loro questa comune autorità esterna. Per queste esistono nel fatto veri rapporti di dritto, cioè dire parte rapporti di dritto pubblico, nei quali questi popoli verso la Comunanza generale dello Stato, che concorrono a formare, stanno come ad un tutto, parte rapporti di dritto privato, in quanto che essi, come ampliate unità, paragonabili ai singoli membri dello Stato ed individui, vengono fra loro in giuridico legame. Il contrario è ne' popoli, che senza essere astretti da siffatto comune vincolo di dritto, stanno tra sè come Stati al tutto indipendenti. Eglino verranno tra loro, pel crescente commercio, in molteplici relazioni, nelle quali v'ha certa somiglianza co' rapporti di dritto, ma non mica il vero carattere di essi. Cotesti popoli staranno fra sè piuttosto come individui non peranco riuniti in uno Stato, e quindi mancherà loro ogni garentia per una comune protezione del dritto.

Veramente ciò non impedisce l'indipendente azione della morale su i rapporti di tali popoli tra loro. Per contrario la si manifesta come un bisogno tanto più urgente, e come unico mezzo di ajuto. Ma dove questa morale de' popoli, come spesso avviene, non porge veruna bastevole difesa, ivi decide esclusivamente la potenza de' fatti, e secondo le note leggi naturali la maggiore forza fisica abbatte la minore. Quando poi si discorre di un dritto de' popoli regolatore de' rapporti di Stati indipendenti tra loro, non altro vi si comprende se non il complesso di certi principî fondamentali, che, secondo l'esperienza, i popoli di un certo grado di cultura, per lasciar apparire men scusabile e men grave la totale mancanza di una tutela di dritto, ne' loro amichevoli ed avversi rapporti commerciali sogliono osservare tra loro sino a che un di essi non reputi utile a sè di allontanarsene più o meno ne' singoli casi. Che ben altro significato abbia quel che i romani chiamavano *jus gentium*, sarà dimostrato più innanzi.

Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad Statum rei romanae spectat. Privatum, quod ad singulorum utilitatem. § 4. Inst. I. 1. de iust. et iure.

Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. ULPIAN. in fr. I. § 2. D. 1, I. de iust. et iure.

Jus publicum privatorum pactis mutari non potest. PAPINIAN. in fr. 38, D. II, 14 de pactis.

§ 5.

Il Dritto positivo, e la sua formazione per mezzo di leggi pubblicate, o di consuetudini.

Quelle disposizioni di dritto, che noi troviamo storicamente e in qualsivoglia tempo in uno Stato come dritto comunemente riconosciuto e perciò in vigore, formano il dritto positivo di questo Stato. Nulla rileva se le si osservino ancor oggi, o se andarono in disuso.

Cotesta qualità di essere dritto positivo, secondo la loro vera ed ultima ragione, si lascia sempre riferire alla manifestata volontà di un dato popolo, alla *civium voluntas*, al *consensus populi*, come si esprimevano i romani, di dovere, cioè, que' principî valere come suo dritto vigente. A voler anche ammettere storicamente la possibilità di un dritto comunicato ad un popolo per opra divina, sempre la generale ricognizione di esso dritto riposerà sulla predominante convinzione del popolo, sul *consensus populi*.

Questo dritto positivo di un popolo,come condizione storicamente esistente, non può naturalmente riconoscersi che da certi fatti storici, cioè dire da fatti, per cui la volontà collettiva del popolo riunito in società civile, formante uno Stato, si manifesta nettamente su ciò che valer debbe come regola di dritto riconosciuta dall' universale. Questi fatti formano allora *le sorgenti del dritto positivo*.

Però, siccome la volontà generale può venir fatta palese in due modi, così pur due sono le specie delle sorgenti del dritto.

Primamente, la volontà collettiva del popolo può manifestarsi in forma di *leggi pubblicate*. Ciò avviene allorchè quell'autorità dello Stato, alla quale fu costituzionalmente affidato il potere legislativo, ne'limiti e con le forme statuite dalla costituzione, fa conoscere pubblicamente un precetto di dritto con l'espresso comando, che tutt'i cittadini,per i quali fu quel precetto sanzionato, debbano osservarlo come regola ed uniformare ad esso le loro azioni. Il contenuto di una legge così pubblicata si manifesta allora come un principio, che il popolo ha stabilito e perciò voluto per mezzo di un organo di dritto giusta la sua costituzione.

D' altra parte, la volontà collettiva del popolo su ciò che valer deve come dritto, può anche manifestarsi chiaramente e immediatamente nel popolo stesso, senza che s' interponga l' autorità legislativa. E ciò è quando, senza legge pubblicata, la convinzione della esistenza di una regola di dritto ha tal vita ed efficacia nel popolo, che essa si dà a riconoscere per mezzo di atti non dubbi e da tutti volontariamen-

te eseguiti. Siffatta regola di dritto si chiama *consuetudine, consuetudo;* e nel fatto, la generale convinzione della forza obbligatoria di una norma giuridica vigorisce colla pratica presente e con l'abito anteriore. Sola una cosa non si vuole obliare, ed è, che la forza obbligatoria propria di un dritto consuetudinario non ha il suo fondamento immediato nell'osservanza anteriore della regola, per lunga, generale ed uniforme che sia, ma nella convinzione viva ed universale di tutto il popolo o di quegli ordini ne' quali sussiste. L'abitudine, la precedente osservanza di tal regola non è piuttosto che la naturale conseguenza della comune convinzione di dritto, una più chiara notificazion sua alla coscienza di tutti. Ella non è quindi per sè stessa una sorgente di dritto, ma forma esterna in che il dritto si manifesta, e che torna bene acconcia a comprovarlo. Onde si possono imaginare consuetudini di dritto, le quali furono sempre in un popolo, sicchè appena può dirsi di essersi venute formando a poco a poco per una usanza. Or chi dà il primo impulso ad un'abitudine di dritto, cioè, da chi emana quell'idea giuridica, che a poco a poco si colloca in mezzo al popolo come convinzione di dritto? Questa ricerca non è utile per la nozione generale del dritto consuetudinario: essa è in certo modo importante solo per ispiegare storicamente e nel modo più naturale le svariate forme e le peculiari direzioni che assume il dritto consuetudinario.

Ciò posto, egli è chiaro che le due fonti giuridiche, il dritto consuetudinario, e quello ch'è pubblicato per mezzo di leggi, si adagia ancor esso sulla medesima base, sulla *civium voluntas* che solo diversamente si manifesta. Onde per gli effetti che produce, e per la forza obbligatoria che lo riveste è uguale per punto al dritto pubblicato: che anzi sotto il rapporto storico esso precede di tempo le leggi pubblicate. Perocchè giusta gli ammaestramenti della storia, il primitivo e più antico fondamento di ogni dritto positivo è la consuetudine.

E veramente la comunanza civile spesso esiste assai prima che vi si svolga una distinta e pienamente organata autorità legislativa, e prima ch'essa acquisti piena coscienza di sè, e pervenga all'attuazione di questo suo compito. La sua attività si manifesta secondo che si svolge, per guisa che diviene aiutatrice e moderatrice ad un tempo del dritto consuetudinario. Essa deve in primo luogo con la pubblicazione di nuove leggi venire in aiuto là dove il dritto consuetudinario non basta, e lascia delle lacune ; il che segue quando per la progrediente cultura si è venuta formando una inevitabile complicazione di relazioni giuridiche sempre più artificiosamente congiunte e più difficili a giudicare.

Essa ha pure da intervenire ed opporsi sempre che il dritto consuetudinario minacci di prendere una direzione che non corrisponda pienamente al fine dello Stato. Vero è, che la comune convinzione di dritto, come fondamento del dritto consuetudinario, è per lo più il risultato di una idea conforme allo scopo della società, comprovata colla esperienza, e che per questo non può di leggieri avvenire, che una norma disacconcia assuma per tal via la forma e il carat-

tere di dritto positivo; tuttavolta la è cosa possibile, massime quando per ispeciali avvenimenti lo spirito predominante del popolo o di certe classi di esso abbia preso subitamente una mala direzione.

In generale non è dubbio, che la potestà legislativa, quanto alla sua missione, non solo tien facoltà di formare un dritto positivo,ma pure ha l' importante carico d'invigilare ogni sorta di dritto, sia pur derivato come che sia dalle sue fonti, e però ancora il consuetudinario.

D'onde si fa chiaro il fenomeno storico, che spesso si riproduce, cioè dire, che la potestà legislativa reputo necessarii di raccogliere il dritto consuetudinario, e d'indicarlo in iscritto. Lo scopo, in tal caso, è duplice : rendere stabili per l'avvenire o rivedere molte consuetudini divenute oscure o vacillanti per età o per altra cagione; riunire, in tale occorrenza, in un sol tutto completantesi reciprocamente e per mezzo dell' intrecciamento di antiche e nuove leggi, i risultati de'le due fonti giuridiche conformemente a' bisogni del tempo. Dal che si chiarisce ognor più un altro fenomeno storico, ed è che la potestà legislativa si vede talvolta costretta di ridurre nella forma di leggi pubblicate alcune consuetudini, le quali siensi pienamente svolte nello Stato, od almeno si crede che vadano a convertirsi in una fonte giuridica, o di soffocarle nel loro germe vietandole innanzi che pervengano al loro pieno svolgimento. La qual cosa è tanto più naturale, in quanto che essa ha pure il dritto e 'l dovere di abolire o modificare il contenuto di leggi già pubblicate mercè la pubblicazione di altre.

Inoltre i principî del dritto positivo che si fondano sovra leggi pubblicate, e quelli che si adagiano sulle consuetudini possono essere diversi rispetto alla loro estensione e contenuto; possono segnatamente concernere o tutt' i cittadini in tutto il territorio dello Stato, o solo alcune classi di loro, o solo certi grandi o piccoli distretti dello Stato medesimo. Circa le leggi pubblicate, ciò dipende dal loro contenuto, e dalla espressa volontà del legislatore; quanto alle consuetudini, dalla locale estensione che abbia presa la manifestazione della comune convinzione giuridica. Sì le une che le altre possono inoltre comandare, vietare, permettere secondo le statuizioni che vi sieno espresse; infine ora riferirsi a' rapporti del dritto pubblico, ora a quelli del dritto privato. Nullameno negli Stati inciviliti abbastanza l' ordinamento de' rapporti di dritto pubblico, non esclusivamente sì, ma in preferenza spetta alla potestà legislativa, ed alle leggi da lei pubblicate. Allora al dritto consuetudinario non rimane altro che regolare i rapporti di dritto privato, senza che per tal modo si sottragga alla potestà legislativa. L' essenza più sopra dichiarata del dritto pubblico e de' suoi naturali rapporti col dritto privato ce ne offre la ragione. In generale il continuo svolgimento del dritto positivo nel corso de' tempi, quanto più progredisce la coltura, tanto più si attua nella legislazione propriamente detta, e in conseguenza sempre più si restringe il campo al dritto consuetudinario; avviene il contrario di ciò che prima seguiva; il che risulta assai chiaro dal fin qui detto.

Questa diversità delle due fonti giuridiche non si connette in alcun caso con la politica costituzione dello Stato, come se all' una la repubblica ed all'altra la monarchia fosse per sè stessa più favorevole, od anche più appropriata per una di esse. Entrambe tali sorgenti si fondano piuttosto sulla natura delle cose, e sull' idea del dritto e dello Stato menzionata più sopra. Soltanto le diverse forme, nelle quali coteste sorgenti storicamente appariscono, sono in parte condizionate dalla politica costituzione dello Stato, od almeno ne sono variamente modificate.

Tutto il dritto positivo riposa necessariamente sovra una di queste due dichiarate sorgenti, val dire sulla consuetudine, o su leggi pubblicate. D'onde la odierna divisione di tutto il dritto positivo in *iscritto* ed in *non iscritto*. Una terza sorgente al tutto diversa da quelle due, non v' è, secondo la natura delle cose. Imperocchè in quel che talvolta sotto nomi diversi si offre, è da vedere o *speciali* forme di leggi, o di consuetudini, ovvero peculiari circostanze e rapporti che sul contenuto e sulla direzione di quelle due sorgenti influiscono. Sovratutto, ed è questa un' esperienza storica già più sopra cennata, quando i rapporti di dritto nello Stato cominciano a divenire sino a un certo grado artefatti e complicati, la loro giuridica valutazione solo è possibile per opra de' giuristi addottrinati dalla scienza. Allora lo svolgimento ulteriore del dritto positivo dipende dalla condizione de' giuristi, come da questi vien fuori eziandio la prima idea de' novelli priucipî di dritto, L' altra parte del popolo, straniera all'esatta giureprudenza, si abitua a considerare le vedute giuridiche formulate da quelli come giuste, conformi allo scopo, e se le appropria. Per tal modo vien posto in generale il fondamento a molte nuove consuetudini di dritto. La stessa potestà legislativa è medesimamente quasi costretta di richiamare sotto il suo dominio i nuovi risultati della scienza del dritto sempre più progrediente ed efficace, e nella forma di leggi pubblicate incorporarle in parte nel dritto positivo. Ma con ciò non si muta per avventura che l' argomento o l' impulso a nuove consuetudini e leggi, senza distruggere la essenziale natura di queste fonti giuridiche, e senza esser costretti ad ammettere, contro la natura delle cose e senza un pratico bisogno, anche una terza fonte del dritto positivo diversa e indipendente da quelle due, abbia o no il nome di un *dritto de' giuristi* od altro arbitrariamente escogitato. Non è senza importanza, a cagione di molte conseguenze anche praticamente rilevanti, il notar questo con la debita precisione.

Lex est commune praeceptum — communis reipubblicae sponsio. PAPINIANUS in fr. 1. D. I. 3. *de legibus*.

Legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire — MODESTINUS in fr. 7. D. I. 3. *de legibus*.

Pleraque in iure non legibus, sed moribus constant — QUINCTIL. Inst. orat. V. 3.

De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine introductum est. — JULIAN. in fr. 32 pr. D. I. 3, *de legibus*.

Mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus — Ulpianus fragm. 1. § 4.

Consuetudinis autem ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit. — Cic. *de invent.* II. c. 22.

Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem imitantur. § 9 Inst. I, 2. *de iure nat.*

Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius, quod dicitur, moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes. Nam quid interest, suffragiis populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis ? Qua re rectissime et illum receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. — Julianus in fr. 32 § 1. D. I. 3. *de legibus.*

Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, sed non usque adeo sui valitura momento, ut rationem vincat aut legem. — Constantin. I. 2. C. 4. 1.

Quod ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet. — Cels. L. 39. D. *de leg.* (1, 3). V. pure la cost. 2. C. 8, 50. Nov. 134. c. 1. (1).

---

(1) Fu creduto che i su riportati due testi di Giuliano e di Costantino contenessero due proposizioni contraddittorie. Chi dicesse col Placentino e con Schvveitzer che la dottrina di quel giureconsulto si fondi su idee proprie di un tempo in cui Roma reggevasi a popolo, e che all' età di Costantino (nel 319) non erano più correnti, non toglierebbe di mezzo la difficoltà. La dottrina di Giuliano fu accolta nelle Pandette, e lo stesso Giustiniano si piacque di ripeterla (§ ult. I. de j. nat. (I. 2.) § 7. I. de inj. (IV, 4.) L. 1. pr. C. de cad. toll. (VI, 51.), L. 1. § 10. C. de vet. j. enucl. (I. 17.), Const. haec quae necess. § 2. Nov. 89. C. 15 Nov. 106; epperò fu forza ricorrere a' sussidi dell'ermeneutica per accordare que' due luoghi.

Lasciando da parte gli antichi, il Thibaut ed il Savigny cercarono dimostrare che il Rescritto di Costantino risguardi un conflitto possibile tra una consuetudine locale ed una legge generale, assoluta, sanzionata nell' interesse dello Stato. (System d. heut. röm. Rechts — Vol. 1. p. 418).

Hofacker intende per *consuetudo* un semplice uso di fatto, inefficace per sè a modificare od abrogare una legge. Il Puchta viene anch'egli in questo pensiero: però forte attenendosi alla differenza che corre tra il diritto consuetudinario e la *consuetudo*, osserva che questa non è che forma estrinseca, un mezzo per riconoscere il dritto consuetudinario, e che può operare sol quando il momento interno, la comune e giuridica convinzione, sia esistente; quindi ogni ragione che escluda la possibilità di questa comune e giuridica convinzione toglie ogni efficacia alla *consuetudo*. Il modo più naturale di riconoscere il dritto consuetudinario, e l'uso, purchè in esso si attui e rifletlasi la giuridica ed universa convinzione del popolo. Ora per antico e continuo che esso sia, no 'l si potrà mai dire espressione di tal convinzione se non quando collimi coll' interno momento. Adunque non basta che un principio si trovi già posto in atto da lungo tempo; è mestieri che esso sia convinzione giuridica comune, e la sua esistenza, in un dato caso, giuridicamente o legalmente non impossibile, *non contra rationem iuris aut legis, o contra rationem aut legem.* L'esterno momento non supplisce, nè annulla lo interno: *usus non vincit rationem aut legem.* Così vien egli dicendo, (Cursus der Inst. § 16) che quando un uso contraddica ad un principio di dritto assoluto, quando avversi i buoni costumi (Pandekten § 13.) non può avere autorità contra la legge. E noi aggiungiamo che in questi casi uso siffatto non può mai essere una fedele espressione della convinzione di tutto un popolo; questo conflitto non è possibile; quando pur si elevasse, sarebbe un fatto fuggevole, non duraturo.

Direm dunque che il dritto consuetudinario, come giuridica e comune convinzione modifica ed abroga una legge, e che la consuetudine, allorchè si deve solo considerarla come un fatto, e non come forma rivelatrice di tal convinzione, nulla può naturalmente contra il *vero* ed il *necessario* contenuto nella legge.

L'opinione del Savigny è più storica, quella del Puchta più dogmatica: entrambe

§. 6.

Ricezione di un dritto straniero, o de' suoi principî.

La bontà di molte prescrizioni del dritto positivo si può certificare soltanto mercè la esperienza. Quindi gli è naturale e ragionevole, che un popolo, perfezionando il suo dritto positivo, si valga non meno della propria esperienza, che dell' altrui. Talvolta ciò interviene in modo che un popolo direttamente e con piena coscienza dell' esotica sorgente tutto un dritto positivo straniero si appropria, od almeno quelle disposizioni ch' ei reputa nelle sue peculiari condizioni necessarie od utili (1). Tale ricezione può seguire, come qualsivoglia incremento del dritto positivo, per mezzo di leggi pubblicate, o di consuetudini. Il tempo, il modo e la misura della sua opportunità son cose che in generale dipendono dalle speciali condizioni del popolo medesimo.

§. 7.

Svolgimento successivo ed abolizione de' principî di dritto positivo.

L' idea generale del dritto rimane sempre la stessa, ma il modo onde trapassa nella vita de' popoli nella forma di dritto positivo, deve, per corrispondere allo scopo, connettersi in ogni tempo a' loro speciali bisogni. Questi bisogni giuridici non sono dapertutto gli stessi, ma variano con le circostanze e con le condizioni della sua civiltà. In ciò non solo la varietà de' dritti positivi trova in generale una naturalissima spiegazione, ma viene altresì chiarito lo storico fenome-

---

accettabili. Egli è possibile che Costantino in quel rescritto abbia dato alla *consuetudine* il significato di un semplice uso, non di un dritto consuetudinario vero; chè altrimenti avrebbe ammesso un conflitto inconcepibile tra una convinzione *giuridica e la ragione*; e già fu notato, che i Romani riguardavano la *consuetudo* non come il fondamento del dritto, ma come segno accomodato a riconoscere la *ratio quae consuetudinem suasit*. Probabile è pure, anzi verosimile, che egli intese parlare della inefficacia di una consuetudine *municipale* rispetto ad una legge data nello interesse dello Stato. A que' tempi, su quella vasta superficie d'impero, in mezzo a tanta complicazione di svariati rapporti una convinzione unanime, un *consensus populi* era cosa se non impossibile, certo assai difficile. Nell'uno e nell'altro caso, quell'imperatore dedusse una conseguenza, non pose un nuovo principio; non isconobbe l'efficacia indubitata del dritto consuetudinario, ma volle prevenire una cattiva applicazione della dottrina di Giuliano.

Recentemente il Vangerovv ha creduto (Lehrbuch der Pandekten § 16) potersi di leggieri risolvere la difficoltà sol che raffigurisi il caso in cui la legge contenga una clausola, che vieti di poter in avvenire insorgere una consuetudine contro di lei. Col rispetto dovuto ad un valoroso giurista qual egli è, noi rifiutiamo questa idea. Costantino avrebbe detto una cosa ridevole, o se non altro, inutile. Le leggi durano non per virtù di simili clausole, ma per effetto della *ratio* che le giustifica, durano quanto la necessità politica del principio che sanzionano — *Il Trad.*

(1) Vedi un esempio nel Dig., 10, 1, Fiu. regund., 13. fr, Gai., lib. 4 del suo Comm. delle 12 tavole — *Il Trad.*

no, che il dritto positivo di uno stesso popolo non resta mai in tutte le parti il medesimo, ma stando in continuo movimento, si migliora perennemente mercè nuove leggi o consuetudini, e a poco a poco considerevolmente si trasforma. Il perchè ogni nuova legge ed ogni nuova consuetudine comparisce, più o meno, come una mutazione del dritto precedente. Il rimprovero di una certa inconseguenza ed instabilità non gli è dovuto. Per contrario, non è pensabile un dritto positivo, che resti immutabile per tutt' i tempi e per tutte le condizioni. Quando adunque in questa perenne mutazione le antiche norme del dritto riescano contrarie al contenuto delle nuove leggi o consuetudini, son sempre quest' ultime da preferire sotto il rapporto giuridico; ed il nuovo principio di dritto si sostituisce all' antico. *Ius posterius derogat priori.*

Se ciò, come è possibile, in generale, dovesse recare una materiale deteriorazione al dritto positivo, sarebbe un effetto o del degradato spirito del popolo, od almeno dell' incapacità di quegli organi legislativi, che debbono, siccome vedemmo, formulare i novelli principî di dritto come generali convinzioni giuridiche del popolo. La qual cosa è spesso assai tardamente conosciuta, e certo prima che siano stati rimossi quegli ostacoli che impedivano il meglio; ed allora si dà mano a novelle mutazioni nel dritto positivo. Così manifestasi il progresso del dritto positivo, ora al tutto completandosi, ora cangiando il già esistente, ora surrogando al nuovo l' antico.

Ea vero, quae ipsa sibi quaequae civitas constituit, saepe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata. § II. Inst. I. 2. *de iure nat.*

Αἱ μεταγένεστεραι διατάξεις ἰσχυροτεραι τῶν προ αυτῶν εἰσίν (constitutiones tempore posteriores potiores sunt his, quae ipsas praecesserunt). Modestinus in fr. 4. D. I. 4. de constitut. princ.

§. 8.

La scienza del dritto e le diverse sue parti.

La giurisprudenza, *iuris prudentia*, *iuris scientia*, si compone delle verità di dritto, de' principî di dritto, in quanto che li si svolgono dalle loro subbiettive ed obbiettive ragioni, e si riuniscono in un ordine scientifico. I romani la definirono *iusti atque iniusti scientia.* Con l' averla poi dichiarata eziandio *divinarum atque humanarum rerum scientia*, pare che abbian voluto riferirsene al contrapposto appo di loro esistente fra il *sacrum jus* e 'l resto del dritto, il *jus humanum*. Tuttavia è quì pure accettabile un' altra più profondamente riposta spiegazione. Imperocchè il dritto, stante la sua intima connessione co' più importanti interessi della umanità, atteso ch' ei concerne effettivamente e compenetra tutt' i rapporti della vita, così materiali come spirituali e religiosi, può ben definirsi come la scienza di tutti insieme i rapporti del vivere umano.

Senza dubbio, il dritto, secondo il suo scopo e 'l suo contenuto, è

destinato propriamente alla vita reale ed alla pratica applicazione. Epperò nel suo scientifico trattamento non deve mai tralasciarsi del tutto una certa pratica tendenza. Tuttavia si concedono alla scienza molte diverse parti, nelle quali quello scopo diretto all' immediata applicazione apparisce or più or meno visibile. Solo per una compiuta considerazione di tutte le sue parti si può intendere e fruire così per la vita, come per la scienza la utilità vera del dritto. Poichè noi viviamo in una data condizione di dritto, e questo si offre ovunque guardar si voglia, come qualche cosa di positivo, come un portato storico, certo il punto di vista più naturale, da cui si possa e debbasi considerare il dritto, non è che lo storico.

Pertanto, anche nell' investigazione di questo punto storico si può tenere diverse vie. Noi possiamo, in effetti, volgere la nostra attenzione sul contenuto o sulla forma di quel dritto positivo, che ebbe od abbia avuto efficacia, e sul modo onde esso la ebbe in quel dato tempo, che a noi sembra il più importante dal lato pratico. Ma, per giungere ad una profonda conoscenza dogmatica del dritto positivo vigente in un dato tempo, noi dobbiamo di necessità non ispregiare l' aiuto della *storia del dritto* propriamente detta. Allora noi possiamo investigare come e per quali casi col giro degli anni, sotto l' oprare di diversi esterni rapporti e circostanze siasi egli rivestito a poco a poco di quella forma, alla quale noi vogliamo attenerci segnatamente sotto il pratico rapporto. Un risultato della storia non può ben conoscersi, se non per mezzo di uno storico cammino, nè il presente può essere debitamente estimato se non lo si ragguagli col passato, con cui è strettamente connesso.

Una tale storia del dritto offre uno speciale interesse scientifico, siccome quella che forma una parte più che importante della storia generale del popolo e della sua cultura. E così appunto nella storia della costruzione e del progresso del suo dritto positivo si dispiega molto nettamente il carattere di un popolo.

Oltre il punto di veduta *storica*, vi ha pure un altro intieramente diverso, il punto di vista *filosofica*. Difatto, noi possiamo, senza darci ad un' immediata considerazione su ciò che sinora è storicamente avvenuto appo di noi o presso di un altro popolo, ricercar filosoficamente: primo, se e fino a qual punto lo Stato e 'l dritto in generale, come idee razionali sembrano necessarie ; secondo, come, giusta i pronunciati della nostra ragione, lo Stato ed il dritto debbano essere organizzate per toccare al più alto grado dell' umana perfezione ; finalmente, se e quanto, sotto determinate circostanze e rapporti, si possa attuare siffatto Ideale di stato giuridico. Cotali ricerche si comprendono sotto il nome di filosofia del dritto ; ed il loro risultamento può indicarsi eziandio come Dritto naturale nel senso di questa espressione generalmente molto ambigua.

Oltre all' utilità generale che offre la filosofia del dritto per cagione della sua immediata connessità co' più alti fini dell' umana esistenza, essa ha pure un' importante utilità pratica per la stessa vita

giuridica. Imperocchè ella sola può svegliare in noi quel senso filosofico, ch' è tanto indispensabile per intendere giustamente e senza preoccupazione e pregiudizî il dritto positivo, e penetrare nel vero spirito, ed esaminare se corrisponda al suo scopo. Solo per tal guisa possiamo avere una chiara conoscenza de' difetti della nostra reale condizione giuridica, fare cioè il primo passo necessario per il suo meglio — E sol per essa finalmente si può con qualche sicurezza trovare, spianare e schiarire la via pel successivo perfezionamento dei nostri giuridici rapporti, da' quali dipende sì gran parte di tutta la nostra prosperità esterna, e di quel più alto svolgimento, di cui l'uomo è generalmente capace.

Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia. § 1. Inst. I. 1. *de iustitia et iure.*

§. 8.

La scienza del Dritto Romano in particolare.

Il Dritto romano è non solamente atto, ma pur degno quanto altro mai di esser trattato scientificamente per tutt' i lati che indicammo più sopra. Quanto all' utilità pratica ch' esso ci offre, la si collega, atteso lo storico svolgimento della nostra condizione giuridica, immediatamente al dritto romano giustinianeo, cioè al contenuto di quelle raccolte, in cui lo troviamo nella prima metà del VI secolo dell' Era volgare. Questa circostanza ne chiarisce ancora il perchè nel corso delle Istituzioni l' epoca di Giustiniano vien rilevata sotto un doppio rapporto, parte come il punto principale, cui si riferisce l'intera esposizione del dritto de' tempi anteriori, la quale in certo modo è come preparatoria e introduttiva, parte come il punto finale, in cui si termina per noi l' idea del giure romano propriamente detto : perocchè tutto ciò che vien dopo prende piuttosto il carattere di una storia letteraria di codesto dritto.

Certo, quando pure osservazioni più gravi e scientifiche non ci facessero per avventura riconoscere molto grande la utilità che porta lo svolgimento storico del dritto privato romano, per quanto è possibile, dalla sua origine, sempre cotesto scopo pratico renderebbe necessario il far prevalere il metodo dello sviluppo meramente storico. Chè solo in tal modo può sì fatto scopo con sicurezza e successo raggiugnersi ! Sì certo, può e deve in un corso d'istituzioni signoreggiare il metodo dello storico svolgimento per forma, che il dritto Giustinianeo non venga altresì dichiarato nelle sue più nuove manifestazioni.

Questo va fatto con un altro corso, già seguito dagli antichi ed ancor oggi in uso nelle Università di Germania, il così detto corso delle Pandette. Quest' esse hanno per iscopo, dopo un' introduzione più semplicemente storica, obbietto delle Istituzioni, di svolgere scientificamente gli ampî e dogmatici particolari del puro dritto giustinia-

neo, siccome quelli che debbono o possono ancor oggi trovare un'applicazione appo di noi — E però questi due corsi accademici si fanno in modo che a vicenda si soccorrono, a vicenda si compiono.

Secondo la tendenza storica prevalente nelle Istituzioni è l'ordinamento di questo Trattato ; onde va diviso in due parti, nella *storia esterna del dritto*,cioè la storia delle sorgenti,ed in *interna*,cioè quella dei principi del dritto. E se nella prima si osserva un metodo diverso da quello che si adopera nella seconda,cioè ivi il metodo sincrono,qui il cronologico, la giustificazione di questa apparente inconseguenza vuol trovarsi nel proprio scopo delle istituzioni medesime, il quale può essere raggiunto nel modo più semplice coll' unire che si faccia entrambi questi metodi. Difatto, le ragioni per cui il sincronismo riesce sconveniente nella storia interna del dritto, attesa la difficoltà di rannodare il già esposto in ogni singolo periodo, per lo che va facilmente perduta la comprensione sintetica di tutta una dottrina nel suo intimo legame, si fanno sentire specialmente nel corso delle istituzioni ; e viceversa, i vantaggi di questo metodo, senza scomodi di tal sorta, si mostrano preponderanti nella esposizione della storia esterna — Inoltre , lo scopo precipuo del metodo sincrono , il quale consiste in rilevare più spiccatamente la mutua influenza degli avvenimenti sotto il punto di veduta giuridica, non che il legame di uno storico fenomeno col simultaneo svolgimento delle varie teorie, si può anche senza di esso raggiungere nella storia interna del dritto sol che si ponga mente a far notare una così fatta connessione, ogni qual volta ciò sembri necessario per avvisare più esattamente un' intera dottrina.

§. 9.

Sorgenti di letteratura giuridica Romana in generale.

Come sorgenti di letteratura del dritto romano che non sono da confondere colle sorgenti del dritto romano in sè stesso, figurano tutti quei sussidî storici, mercè i quali si può meglio acquistare la cognizione del dritto romano.

Le si possono ridurre alle due classi seguenti.

1.° I monumenti, che, più o meno si riferiscono a'rapporti giuridici dello Stato romano. Tali sono le iscrizioni sulla pietra, sul metallo, o sovra altre materie (1) poi gli scritti su pergamena o papiro; finalmente sulle monete o medaglie (2).

2. Gli scrittori propriamente detti. I più importanti sono naturalmente i così detti scrittori giuridici, i quali trattano del dritto come

---

(1) *Antiquitatis romanae monumenta legalia extra libros iuris romani sparsa, quae in aere, lapide, aliave materia . . . supersunt. Delectu, forma et variarum lectionum adnotatione usui expeditiori accomodavit etc. C. G.* HAUBOLD. *Opus ex adversariis defuncti auctoris, quantum fieri potuit, restituit* E. SPANGENBERG. *Berol.* 1830.

(2) Le si trovano nelle celebri opere numismatiche di SPANHEIM e di ECKHEL.

loro obbietto speciale. Il loro novero speciale e 'l loro carattere troveranno il loro luogo conveniente nel progresso del corso, in colleganza con la storia delle fonti giuridiche, che ivi vengono trattate e spiegate, e quindi, per quanto lo richiede il compito di questo libro, saranno frammesse nella storia esterna del dritto. Ma pure lo studio degli scrittori non giuridici, romani e greci, può riescir molto proficuo, poichè essi, sebbene per incidenza, ci porgono non di rado intorno al dritto romano molto importanti notizie, e spesso in luoghi, ove meno le si aspettano. Fra questi ultimi come storici romani sono da mentovare in primo luogo: C. Giulio Cesare, Cornelio Nepote, C. Sallustio Crispo, Tito Livio, C. Cornelio Tacito, C. Svetonio Tranquillo, C. Balleo Patercolo; inoltre i così detti *Scriptores rei augustae*: Elio Sparziano, Vulcazio Callicano, Trebellio Pollione, Flavio Vopisco, Elio Lampridio, Giulio Capitolino, a' quali pur si aggiungano: Aurelio Vittore, Eutropio, Valerio Massimo ed Ammiano Marcellino. Fra i Greci: Polibio, Diodoro Siculo, Dionigi d' Alicarnasso, Plutarco, Appiano, Dione Cassio, Erodiano, Zosimo, Procopio, Agatia, Menandro. Come filosofi e retori meritano venir mentovati: Marco Tullio Cicerone, L. Anneo Seneca, Plinio il vecchio e 'l giovine, M. Fabio Quintiliano, G. Giulio Vittore; come grammatici: M. Terenzio Varrone, S. Pompeo Festo, A. Gellio, Macrobio, Nonio Marcello, Isidoro Ispalense. Fra gli *Scriptores rei rusticae et agrariae*: M. Porcio Catone, M. Terenzio Varrone, Palladio, Columella, S. Giulio Frontino, Aggeno Urbico, Igino. Come comentatori e scoliasti: Asconio Pediano, Boezio, Donato, Servio, Finalmente fra i Padri della Chiesa: Tertulliano, Cipriano, Arnobio, Lattanzio, Augustino.

PARTE PRIMA

STORIA DELLE SORGENTI DEL DRITTO ROMANO (1).

§. 10.

Carattere proprio di queste sorgenti in generale e divisione in periodi.

Tutto ciò che dicemmo più sopra, nell' introduzione sul naturale cammino e sul progressivo svolgimento di ogni dritto positivo in generale, si appartiene eziandio alla storia delle sorgenti del diritto romano. Però indubitabilmente le sorgenti di questo dritto, sotto la storica azione del suo tempo, hanno preso in parte una direzione affatto propria. Ed appunto ponendosi mente alla loro indole peculiare ed allo stretto loro legame col carattere del popolo romano e con certe politiche condizioni di quello Stato, può spiegarsi come il dritto romano, specialmente il privato, sia potuto nel progresso del tempo pervenire ad una sì alta eccellenza ; perocchè le due prerogative, che lo caratterizzano massimamente ne' migliori suoi tempi, cioè a dire l' unità e l'intimo progresso logicale delle singole dottrine, furono molto protette per quelle circostanze.

Le ragioni, che giustificano la partizione ne'quattro periodi, che quì vengono stabiliti per noi, si collegano colla storia delle stesse sorgenti, alle quali si riferiscono, e le si mostreranno da per loro da'medesimi risultamenti di essa. Imperocchè tutti questi periodi hanno a

---

(1) Fra le molte storie delle sorgenti del dritto romano meritano essere notate le seguenti, sebbene non abbiano tutte le stesse tendenze e le stesse intenzioni. I. G. HEINNECII *historia iuris civilis romani*, Hal. 1733. S. — I. A. BACH *historia iurisprudentiae romanae.* Ed. nov. observat. auxil. A. C. STOCHMANN Lips. 1807. — G. HUGO — *Lehrbuch der Geschichte des römisehen Rechts bis auf Justinian*, II. edizione, Berlin. 1830 — S. W. ZIMMERN, *Geschichte des römischen Privatrechtes bis auf Justinian.* Vol. 1. Heidelb. 1826. WALTER, *Storia del dritto romano sino a Giustiniano.* 2. Ed. Bonn. 1844 G. F. PUCTHA. *Cursus der. Institutionen*, vol. 3. Lips. 1845 e 1850.

Fra quelle opere, nelle quali si son riunite o dichiarate molte sorgenti del diritto romano, son qui a preferenza da mentovare: A. AUGUSTINUS, *de legibus et senatusconsultis liber ; adiunctis legum antiquarum et senatus consultorum fragmentis, cum notis* FULVII URSINI Rom. 1583. 4. JAC. GOTHOFREDUS *fontes quatuor iuris civilis in unum collecti* etc. Gen. 1653 — 4. ANT. SCHULTING, *iurisprudentia velus anteiustinianea.* Lugd. Bat. 1717. 4. *Jus civile anteiustinianeum, codicum et optimarum editionum ope a societate iurisconsultorum curatum, praefatus est* G. HUGO tom. II. Berol. 1815. 8.—Copiosissimo e più compiuto è poi il *Corpus juris romani antej. consilio professorum Bonnensium praefatus est.* Ed. *Boecking ;* Bonn, cominciato dal 1835 in più volumi in 4.° ma non peranco compiuto.

base importanti cangiamenti nella costituzione e nella storia politica dello Stato romano, da' quali furono prodotte o sorgenti affatto nuove di dritto, o, s' altro non sia, modificazioni a quelle che già esistevano. Che se per la storia interna delle singole dottrine ed instituti giuridici, per la così detta storia interna, si lasciano in parte trovare altri periodi, non perciò vuolsi censurare la partizione da noi fatta più sopra ; sendochè questa si riferisce soltanto alla storia delle sorgenti.

Per la stessa ragione si vuole a ciascun periodo far precedere alcune generali storiche osservazioni sulla politica costituzione dello Stato romano di quel tempo, poichè il vero carattere delle nuove sorgenti di dritto dischiuse sotto ciascun periodo sta in istretta connessione con essa. Nullameno ciò non può nè deve farsi che per cenni e rimandi alla storia generale del popolo e dello Stato di Roma,la quale si suppone che sia cognita nelle sue parti fondamentali.

PERIODO PRIMO

DAL TEMPO PIÙ ANTICO SINO A CHE FURONO COMPILATE LE LEGGI DELLE DODICI TAVOLE.

§. 11.

Tratti fondamentali della politica costituzione dello Stato.

Ognun sa, che le notizie a noi pervenute intorno all'antichissima costituzione politica e giuridica di Roma sono assai dubbie e pressochè favolose ; ed è certo un problema assai grave a risolvere per la critica storica il segregare in tanta accozzaglia e confusione di notizie il vero storico dal finto, il puro dall'alterato (1). Tuttavia porremo innanzi alcuni tratti fondamentali, che paiono offrire, nella loro generalità, rivestita di molte specialità, il carattere del vero. Lo stato romano era monarchico in quanto che vi era un Re, *Rex*, nominato a vita, ed a cui erano affidati i più grandi poteri del governo, così per la pace, come per la guerra. Ma la idea di una più alta potestà appartenente al popolo, e di cui il Re era in certo modo il rappresentante e 'l moderatore, veniva già fuori dalla costituzione politica di quel tempo. Il re, difatti, eleggevasi dal popolo. Poscia si videro di buon' ora chiari segni di limitazione nella potestà regia, mercè le due divisioni del popolo, le quali erano presso al re nel governo ora per assisterlo e consigliarlo; ora per governare effettivamente con lui.

---

(1) Quest'ufficio cercano fornire le seguenti opere, le quali, senza dubbio, tennero vie diverse, e diedero spesso in risultamenti ancora diversi. GIAMB. VICO, *Cinque libri de' principii d'una scienza nuova d'intorno alla comune natura delle nazioni* 1725, rifatta nel 1732. B. G. NIEBUHR, *Römische Geschichte* 3 vol. il 1.° e 'l 2.° t. ed. Berlino, 1811 e 1812; 3. ed. 1828 e 1830, il 3.° vol. 1832, dopo la morte dell' autore. J. RUBINO *Untersuchungen uber römische Verfassung und Geschichte* Cassel. 1830 — K. W. GÖTTLING, *Geschichte des röm. Staates von Erb. Roms bis zu C. Cäsar's Tode*. Halle, 1840. TH MOMMSEN, *Römische Geschichte*, 3 volumi, di cui l' ultimo pubblicato in Berlino nel 1856.

E per fermo, nelle loro mani risiedeva la suprema potestà legislativa, e verosimilmente ancora l' alto potere giudiziario. Esse erano il *senatus* e 'l *populus*. Solamente, siccome è naturale a vedere in ogni rozza e fanciulla costituzione di uno Stato, quegli elementi popolari destinati a frenare il regale potere, non istavano in confini nettamente determinati. Quindi andava tutto rimesso alla personalità del Re,secondo che qnesti sapea far valere la sna autorità. Anche il germe della lotta che durò sì lungamente tra gli elementi aristocratici e democratici del governo popolare e che fu così importante per lo posteriore progresso del diritto, esisteva ab antico. Poichè il contrasto de'due Stati divenuti poscia due caste, de'patrizi, cioè, e de'plebei, de'quali i primi formavano da principio il popolo ed avevano una parte nel maneggio della cosa pubblica, sembra di aver riseduto ne' primi fondamenti dello Stato e nelle diverse e peculiari sue parti. Sotto Servio Tullio(1), al tempo del cui regno fu posto il fondamento di nna nuova costituzione politica e di una regolare partizione degli organi dello Stato, che s' andò poi solo nel corso de' secoli perfezionando, la plebe conseguì veramente una più sicura condizione politica e specialmente venne compresa nel *populus*. Ma nondimento il rapporto giuridico di quelle due classi restò sempre incerto. Da nna parte i plebei già venuti ad una certa indipendenza ed importanza politica, consci della cresceute loro forza aspiravano incessantemente a nnovi favori ; d'altra parte i patrizi sempre erano inchinevoli a comprimere i dritti dei plebei oramai costitnzionalmente riconosciuti. E per giunta, i Re,secondo che meglio metteva loro, ora sostenevano le ragioni, ora, e ciò seguia più di frequente, le moleste usurpazioni de' patrizi attraversavano mercè i favori politici che concedevano a' plebei. Pertanto,avvegnacchè sien difettive le notizie che abbiamo intorno a queste cose, tnttavolta ei pare che in origine, nello Stato romano, il dritto positivo non abbia avuto quel carattere di unità, che poscia si offerse come un grande suo pregio. La mancanza di una ordinaria e genealogica unità del popolo, la prima organizzazione dello Stato come Colonia, ed il modo ond' egli crebbe coll' aggregarsi ed unirsi agli Stati finitimi, furono circostanze, che dovettero produrre necessariamente una qnantità di elementi giuridici stranieri sotto forma di dritti particolari e diversi per razza e per popoli. Solo vediamo questi medesimi elementi venirsi compenetrando mano mano e formare un tutto omogeneo.

In questa condizione fu lo Stato romano sotto sette Re per 250 anni, sino che, a cagione di una rivolta storicamente ancora non bene conosciuta nelle sue cause e nella sua tendenza, il settimo Re fu bandito colla sua famiglia e co' suoi più devoti partigiani e la costituzione dello Stato che, ammetteva la regale autorità, per sempre abolita.

---

(1) G. Huschke, *la Costituzione di Servio Tullio svolta come fondamento alla storia della costituzione di Roma*. Heidelb. 1859. 8.

Al luogo del *Rex* successero due *magistratus populi*, di condizione patrizia, elegibili dal popolo, detti *consules*; eglino tennero, salvo poche eccezioni, tutta l' antica *regia potestas*. Il loro governo solo un anno durava, ed avendo entrambi eguali poteri, la potestà dell' uno poteva talvolta non operare quando le si opponesse quella dell' altro.

Ma questa novella costituzione, ancorchè avesse nome di *libera respubblica* e paresse al di fuori un governo puramente democratico, era nondimeno nella sua essenza una mera aristocrazia avente ancor forme molto oppressive (1). L'organizzazione delle nuove autorità dello Stato avea tale congegnatura, che tutto il potere si apparteneva esclusivamente a' patrizi, i quali, come da tutte parti si scorge, lo abusavano non di rado senza discrezione ed impoliticamente per più opprimere i plebei. Quindi ben tosto dopo la rivolta, il malcontento della plebe, la quale non ne avea cavato alcun prò, anzi perduto nel Re il suo naturale protettore contro le usurpazioni de' patrizi. Quindi ancora sin da' primi anni della costituzione consolare cominciò una lunga serie di lotte intestine tra gli orgogliosi patrizi e i plebei, i quali, lottando, imparavano a sentire sempre più le proprie forze, e cercavano di emanciparsi politicamente e civilmente come uno stato, ed essere per loro. Il primo frutto di questo non infecondo contrasto fu la forzata consecuzione del tribunato nell' anno 260 dalla fondazione di Roma. Poichè, sebbene i plebei, come comunità, avessero avuto per lo innanzi de' capi, che eglino stessi si eligevano in fra loro, pure quei loro difensori vennero in una condizione molto diversa e politicamente più libera in qualità di *plebeii magistratus*, col nome di *tribuni plebis*. Onde poterono essi difendere con più energia e la plebe come comunità, ed i singoli plebei contro le angarie ed oppressioni patrizie. Essi furono inoltre coloro, che come guidatori e direttori della plebe seppero dare un più fermo e logico indirizzo a' suoi moti già per lo innanzi sregolati. Così ben presto posero eziandio il fondamento ad una nuova e più importante sorgente del *jus scriptum* cioè a'plebisciti.

§. 12.

Il dritto e le sue sorgenti in questo periodo.

Per quel che concerne la condizione del dritto in quel tempo, diciamo che la costituzione dello Stato dovea condurre a questi due risultamenti. Da una parte si facea dominare un certo teocratico elemento, mercè cui i *Pontifices* erano considerati come i soli custodi del dritto; dall' altra, il dritto si ripartì in dritto patrizio, ed in dritto plebeo.

Quanto poi alle sue sorgenti, il dritto romano di quest' epoca riposava pressochè unicamente sulle consuetudini, perocchè quest' esse sono, in generale, base prima d' ogni dritto positivo. Non poche di

(1) Vedi quel che ne dice Cicerone, de Rep. lib. II. § 32 — *Il Trad.*

queste consuetudini dovettero pervenire certamente in principio da diverse contrade d' Italia e da diverse razze di popoli nel nuovo Stato e perciò con un particolare colorito giuridico. Ma molte altre ebbero quivi stesso la loro origine, e tutto l' ulteriore indirizzo dello svolgimento del dritto romano operò favorevolmente sull'unità della giurisprudenza ; onde i molti elementi che appartenevano a diversi dritti particolari e che eran prima tra sè confusi, successivamente si fusero in un comune dritto romano.

Intanto v' eran pure diverse leggi sotto i re, *leges*, poichè il Re proponeva almeno il progetto di nuove leggi, le quali quando fossero state accettate dal popolo ne' Comizi Curiati ed accolte dal Senato , acquistavano forza obbligatoria, *vim legis.* Di queste leggi, che dal Re che le proponeva, erano dette *leges regiae*, noi abbiamo assai scarsa notizia. Quest' esse, benchè non sia verosimile, che subito dopo la espulsione de' Re sieno state formalmente abolite, pure vennero in obblio nella loro qualità come *leges regiae*, tanto più naturalmente in quanto che quella parte che di esse era rimasta, fu probabilmente inserita nelle XII tavole, e da quell' ora in poi restò in uso soltanto sotto cotal nome. Nè dalle notizie che su ciò si contraddicono torna chiara la qualità di quella collezione delle leggi regie, che il Pontefice Papirio, per quanto si dice, fece e pubblicò sotto gli ultimi re, (*Jus civile Papirianum*). A quest'opera deve aver relazione quel che in su la fine della *libera respubblica* Granio Flacco ebbe scritto, *de iure Papiriano* (1). Niuna parte di queste leggi sino a' nostri tempi fu conservata nella prima sua forma. Solo su ragguagli posteriori, in parte molto dubbi e fluttuanti, riposa ciò che a' dì nostri sotto il nome di *leges regiae* si è riunito ed esposto (2).

Anche sotto la costituzione consolare v'ebbero leggi popolari,risoluzioni così del *populus* come della *plebs*, le quali già appartengono a questo periodo. Ma poichè il loro pieno svolgimento ed importanza ricade nel seguente periodo, così vanno ivi trattati più convenientemente insieme co' senatoconsulti.

I più importanti atti legislativi comparsi in questo tempo sono le leggi delle XII tavole, le quali sotto ogni rapporto formano il punto più notevole, con che si chiuda questo primo periodo.

Leges quasdam et ipse (Romulus) curiatas ad populum tulit. Tulerunt et sequentes reges, quae omnes conscriptae exstant in libro Sexti Papirii, qui fuit illis temporibus, quibus Superbus Demarati Corinthii filius, ex principalibus viris. Is liber, ut diximus, appellatur ius civile Papirianum, non quia Papirius de suo quid-

---

(1) La collezione di Papirio fu comentata dal giurista Granio Flacco, coetaneo di Giulio Cesare (*de indigitamentis*). È famosa la Tavola non trovata, ma inventata dal Martiani, con sopravi scolpite 18 leggi di Romolo. L'errore, in che caddero que' dotti che gli credettero e comentarono quella tavola, fu vittoriosamente dichiarato dal Cuiacio — *Il Trad.*

(2) H. C. Dirksen, *Versuche zur Critik und Auslegung der Quellen des Römischen Rechts* (Lipsia 1823 n. 6, ove anche son nominati antichi raccoglitori delle *legis regiae.*

quam ibi adiecit, sed quod leges sine ordine latas in unum composuit. Pomponius in fr. 2. § 2. D. I, 2. de orig. iur. — Dion. Halic. III. c. 36. — Censorinus de die nat. c. 3.

Omnium tamen harum (legum) et interpetrandi scientia, et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoque anno praesset privatis. Pomponius in fr. 2. § 6. D. eod.

§, 13.

La formazione delle leggi delle XII tavole.

Per oscura che sia la storia delle *leges duodecim tabularum*, egli è certo per le ultime indagini che esse sono da attribuirsi ad una cagione affatto politica e connessa agli opposti interessi de' patrizi e dei plebei. Certo è pure che i plebei le fecero introdurre per mezzo dei loro tribuni, anzi, in certo modo, le ottennero di forza. Innanzi tutto ebbero in mente una conferma di molti rapporti di dritto pubblico sino allora molto vacillanti, per forma che con dichiararli spiccatamente si facessero sicuri da ogni arbitraria interpetrazione de' loro nemici patrizi, e tutto ciò mediante una legislazione che tutto abbracciasse e fosse, a misura del possibile, chiara per tutti. Poscia speravano ancora, in quest' occasione, che si sarebbero riconosciute e garentite non poche pretensioni sino allora cimentate e ripulse ; volevano, insomma, l' eguaglianza giuridica della plebe e del patriziato (1). Se questo ultimo intento non fu al tutto conseguito, non perciò cotal veduta storica vien meno; chè i patrizi, sebbene non poterono interamente impedir quell' impresa, naturalmente cercarono, nell' esecuzione, difendere di comune voglia e con ogni sforzo la causa della propria condizione, ed erano tuttavia strapotenti. Ad ogni modo fu grande trionfo pe'plebei l'aver ottenuta con la nuova legislazione la garentia del dritto esistente sino a quell'ora, per quanto era loro favorevole.

In generale siffatto accordo poteva riescire a bene sol per mezzo di una reciproca subiezione. Il che si addimostrò eziandio in quel provvedimento, per cui, a fin di quetare nel frattempo tutte le politiche dissensioni, l' intera costituzione dello Stato fu sospesa. A' consoli ed a' tribuni si surrogarono dieci uomini, scelti, almeno nel primo anno, da' soli patrizi, *decemviri legibus scribendis*, col doppio ufficio, e di reggere in questo frattempo lo Stato, e di compilare la nuova legge fondamentale. In su la fine del primo anno della loro carica, (negli anni 303 di Roma) essi pubblicarono 10 tavole di leggi, le quali furono dal popolo approvate ne' comizi, ed accolte dal Senato. L' anno appresso ve ne aggiunsero altre due, come ricompimento. Avendo dappoi voluto i Decemviri, finito il loro incarico, continuare a mantenersi nel governo da usurpatori, furono spodestati dietro un popolare tumulto (2). Da quell' ora l' antica costituzione dello Stato

---

(1) *Aequanda libertas — summis infimisque iura aequare* — V. Tito Livio, III, 31 — Dion. d'Alic. X. — *Il Trad.*

(2) La tracotanza di Appio Claudio, violatore della libertà altrui per infame

fu tornata in osservanza, non senza però le importanti novazioni arrecate da quella legge fondamentale.

Quel che concerne la storia delle XII tavole, il loro contenuto, la loro preparazione per messi spediti in estranee regioni, la supposta influenza delle legislazioni straniere, massime della greca, e l'ordine delle materie, tutto questo è così oscuro per noi che spesso incontriamo contradizioni, falsità prette, se non altro, assai dubbi. Noi non sappiamo pienamente il loro contenuto nella forma e nella lingua originaria, non essendo alcuna copia de' loro testi a noi pervenuta. Solo possiamo dire che esse, secondo ogni verosimiglianza, contenessero principalmente, oltre a molte singole innovazioni credute necessarie, segnatamente a prò de' plebei, gli antichi principî di dritto pubblico e privato, cui l'età, le varie interpetrazioni, ed i volontarî stravolgimenti del loro significato avean fatti malsicuri ; e così furon meglio fermati per lo avvenire.

Il certo è, che le *leges XII tabularum*, nominate pure *lex XII tabularum*, o *lex decemviralis*, cui Livio dà il nome di *corpus omnis romani iuris*, *fons publice privatique iuris*, (III. 4.), e Tacito, *finis aequi iuris*, (Anno III, 27) nella storia del dritto romano si mostrano come un monumento unico nel suo genere, poichè esse sono sempre rimaste, sino a Giustiniano come l'unica e compiuta legislazione che in sè racchiuda tutto il complesso del dritto positivo (1). Si continuò a risguardarle ed in nome ed in teoria siccome base di tutto il posteriore dritto romano, ancora che da lunghissimo tempo, per la lingua antiquata, fossero sottratte alla comune intelligenza, e si trovassero già rinnovate nella maggior parte dal novello diritto. Perocchè soleasi aver cura di collegare ingegnosamente con esse tutto il dritto posteriore, almeno nella scientifica elaborazione, come semplice svolgimento domandato da' novelli bisogni o come modifica di alcuna lor singola parte. Solo per le grandi raccolte di Giustiniano fu formalmente abolita nello Stato romano la pratica autorità delle leggi delle XII tavole.

Per mala ventura noi non abbiamo che una notizia molto inesatta circa il contenuto speciale di esse. Non ci è pervenuta che una serie di circa cento sparpagliati frammenti, letterali, come si crede, portanti in parte anche il numero della tavola, alla quale appartenevano. Ma l'autenticità di essi nel rapporto formale, secondo la primitiva loro composizione, non ci è quasi per alcun modo garentita ; anche il loro materiale contenuto ha spesso ingenerato grandi dubitazioni. L'ulteriore notizia che se n'ha, va dovuta alle semplici relazioni che intorno a' luoghi delle XII tavole si trovano parte in iscritti giuridici, e parte in altre opere. Intanto dal XVI secolo molte prove si son fatte per restituire in intero le leggi delle XII tavole,spe-

sfogamento di libidine, diede il tratto alla bilancia. V. Tito Livio III. c. 6, e 7. — *Il Trad.*

(1) Vedi pure la bella menzione che ne fa Cicerone, *de Orat. I.*, 43. — Il Traduttore.

cialmente da Giacomo Gotofredo (1), e dall'Haubold (2). Il Dirksen (3) ha ultimamente riunito tutt' i brani sino ad ora rinvenuti, procedendo con la critica più accurata delle prime ricerche e con indagini proprie e indipendenti (4).

Placuit, publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus, quas in tabulas eboreas (roboreas ?) perscriptas pro rostris composuerunt, ut possent leges apertius percipi, datumque est eis ius eo anno in civitate summum, uti leges, et corrigerent, si opus esset, et interpretarentur, neque provocatio ab eis, sicut a reliquis magistratibus, fieret. Qui ipsi animadverterunt, aliquid deesse istis primis legibus, ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adiecerunt. Et ita ex accidentia appellatae sunt leges duodecim tabularum, quarum ferendarum auctorem fuisse decemviris Hermodorum, quendam Ephesium exulantem in Italia, quidam retulerunt — Pomponius in fr. 2. § 3. et 4. D. I. 2. *de orig. iur.* — V. Cic. *de rep.* II. c. 36, 37. 57. III. c. 37. *de orat.* I. c. 43. — Liv. III. c. 9. 10. 31. sqq. IV. c. 1. — 6. — Tacit. Annal. III. c. 27. — Gell. N. A. XX. c. 1. — Dion. Halic. X. c. 3. sqq.

PERIODO SECONDO

DALLE XII. TAVOLE SINO ALLA FONDAZIONE DELLA MONARCHIA SOTTO LO IMPERATORE AUGUSTO

§. 14.

Cangiamenti politici nello Stato.

La lotta già cominciata nel precedente periodo tra il principio democratico e l' aristocratico continuò per più lungo tempo in questo periodo sino a che quest' ultimo principio non restò pienamente abbattuto.

I primi anni che seguitarono alla formazione delle XII tavole dimostrano, come i plebei fossero poco inchinevoli ad acquietarsi alle concessioni estorte sino allora a' patrizi. Sostenuti e rinfocolati dalle istanze de' tribuni, eglino si travagliavano dietro una piena egualità politica e cittadina tra i due ordini, *exaequatio iuris*, cui le XII tavole avean già tolta di mira, e che non si ottenne se non dopo lunghissimo tempo; e vi si posero con tanto più zelo, per quanto aveano fatto buon esperimento delle proprie forze nelle lotte precedenti. D'altra

(1) Giac. Gothofredi *fragmenta XII tabularum suis nunc primum tabulis restituta.* Heidelb. 1616. 4. migliorato dipoi ne' *quatuor fontes iuris civilis.* Ginevra, 1653.

(2) Haubold *Inst. iur. rom. priv. hist. dogm. epitome.* Lipsia 1821, pag. 129.

(3) H. E. Dirksen, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölftafelgesetze.* Lipsia, 1824.

(4) Gaio scrisse sei libri sulle 12 tavole, e nel Dig. si trovano venti frammenti di quest'opera, e vi è pure indicato il libro da cui son tratti — Si è creduto che ognuno di questi sei libri contenesse il commentario di due tavole, e con questo pensiero si è procurato di distinguere ciascuna tavola, e di attribuire una disposizione piuttosto all'una che all'altra. — *Il Trad.*

parte, non ostante la gagliarda opposizione de' patrizi, non si poteva contenere più oltre quel ch' era spirito e tendenza de' tempi. Quindi le barriere che aveano sempre separati i due ordini, e diviso politicamente lo Stato furono di una in una rovesciate e distrutte ; e da quei conflitti intestini, sol fatti posare per guerre esterne, da poche infuori, felicemente condotte,derivò la maggior parte de' gravi cambiamenti che si fecero nella costituzione dello Stato, specialmente la istituzione di nuovi poteri e di nuove forme legislative, e la creazione di nuovi maestrati : le quali tutte cose grandissimo potere esercitarono sullo svolgimento e sulla direzione del dritto di quel tempo.

Sotto un altro rapporto ci si appresenta assai degna di considerazione, attese le sue conseguenze, un' altra particolarità, la quale è, che oramai lo Stato romano per mezzo di conquisti, che si estendevano non pur su l'Italia,ma su molte regioni straniere, cominciava a levarsi ad un impero sempre più crescente, ed a gittare il fondamento ad una specie di dominazione universale, ad un *orbis terrarum romanus*. Quindi valeva e pregiavasi via sempre più la romana cittadinanza, la quale, secondo la costituzione dello Stato, come *libera respublica*, assicurava ad ogni singolo *civis romanus* una parte in questa dominazione e nella gloria che ne provveniva. Quindi i vivi sforzi de'popoli sottomessi o collegati per acquistare la piena cittadinanza romana, od almeno per istrignere con Roma una politica alleanza, quanto più si potesse, favorevole. V' ebbero guerre combattute per questo fine.

Un' altra conseguenza ancor notevole fu un commercio più florido e molto più esteso dello Stato romano con tutto il mondo sino allora conosciuto. Da ciò progresso nella coltura, ed i suoi buoni e mali effetti. Poichè il rapido venire in potestà ed in ricchezze acquistate co' ricchi bottini nelle guerre di conquista, ingenerò il lusso, invogliò al comando; e la prisca semplicità, con la quale il vero civismo si era manifestato con le sue generose virtù, a poco a poco sparì. Le arroganti e inferme forze dello Stato, ormai sicurato al di fuori, furon volte successivamente e non senza danno nel suo interno. Così vengono esplicate, specialmente in su lo scorcio di questo periodo, e la degenerazione dello Stato, e le formali guerre civili che alla fine atterrarono la *libera respubblica*,

§. 15.

Carattere generale del Dritto in questo periodo ed origine della differenza tra il ius civile ed il ius gentium

Inst. lib. I, tit. 2. de iure naturali et gentium et civili.

Quel che caratterizza in modo più evidente il dritto romano in questo periodo è in prima la sempre più distinta comparita del dritto privato, come quello che si emancipa sempre più da' ceppi del *publicum ius*, e assai per tempo si allarga ad una mirabile ampiezza.

Secondamente troviamo, che il dritto romano non solo senza dub-

bio, per mezzo la successiva fusione di molti elementi sin allora d' origine o d' indole diversa, massime dello speciale diritto de' patrizi con quello della plebe, si semplificò sino a divenire più generale ed uniforme per tutti, ma si allargò molto notevolmente così in estensione come nell' intera sua tendenza. Al quale ultimo fenomeno ben si collega la distinzione da quest' ora in poi gradatamente introdotta tra il *ius civile* e 'l *ius gentium*, da Cicerone attribuita a' *maioribus* (1).

Un *ius civile* esisteva senza dubbio così rispetto alla cosa, come al nome, prima che l' idea e la denominazione di *ius gentium*, che gli si oppose più tardi, si fossero formate: perocchè *ius civile* appellossi il dritto positivo vigente in Roma per contrapposto al Dritto degli altri popoli e degli altri Stati. Quanto più piccolo era in origine il circuito dello Stato romano, quanto più rigorosamente terminato ei si mostrava, tanto più spiccata e distinta dovea rilevarsi l'idea di questo *ius civile*. Tutto ciò che era in esso statuito non si apparteneva che a' soli cittadini romani ; niun altro poteva esserne compartecipe.

Di un dritto forestiero non erasi in Roma presa per lungo tempo gran cura, perchè appena era noto. Solo, allargati i confini dell' impero, cresciuta la civiltà e con essa anche il traffico con gli stranieri, i romani impararono a conoscere le straniere legislazioni, ed a scorgere, ragguagliandole con la propria, che non tutto ch' era per essi dritto positivo era tale per loro soli ; videro, a dir corto, che pur altri popoli aveansi norme giuridiche non diverse dalle loro. Nel tempo stesso compresero, che il rigoroso principio ammesso sino allora, per cui tutti i peregrini venian riguardati come affatto carenti di dritti, non poteva più rimanere in istretta osservanza poscia che si trovavano con essi non come un tempo, in istato di ostilità, ma in amiche relazioni di commercio e di vita comune ; onde il *peregrinus* non comparve più come *hostis*. Di quì l' idea ed il nome del *ius gentium*, come quel dritto, che ne'suoi principî generali e fondamentali,almeno secondo ch' ebbero osservato i Romani, si trovava nella guisa medesima stabilito in ogni Stato, *quod apud omnes gentes peraeque custoditur*. Di questo dritto e de' rapporti che in esso fondavansi i romani dichiararono compartecipi e capaci tntti i liberi uomini, anche i peregrini ; lo si poteva accordar loro senz'assomigliarli a' cittadini romani. Il *ius gentium* non fu originalmente riconosciuto se non per uno scopo speciale, cioè per giudicare i *peregrini*, giusta le sue prescrizioni, così ne' loro rapporti tra essi, come co' cittadini romani. Quindi consimili instituti di dritto erano in gran parte ammessi nel *ius civile* e nel *ius gentium*, solo distinti nella forma e ne' modi d' esecuzione. E fu pure natural cosa, che una parte considerevole di questo *ius gentium*, che fino allora era stata al tutto straniera al dritto romano propriamente detto, vi si fosse aggiunta siccome necessario compimento. Il bisogno di questa estensione fu sentito specialmente poi che si fè palese la utilità dell' applicarlo a'peregrini. Quindi l' idea del *ius gen-*

(1) Cic. *de Offic. III.*, 17. *Or. part. c.* 37.

tium come dritto riconosciuto non pur da' pellegrini, ma da'Romani. Così quest' ultimo fu trovato artificialmente composto da due elementi, che a vicenda si compivano, del *ius civile* e del *ius gentium*. Certo è però che non tutto il *jus gentium* fu allora introdotto nel dritto romano. Per contrario, il dritto proprio de' pellegrini restò per assai lungo tempo rigorosamente distinto.

L' idea del *ius naturale*, che talvolta i romani nominano ancora *ius gentium*, come parte integrante del loro dritto positivo, è grandemente dubbia. Ora, e bene spesso, troviamo adoperata l' espressione di *ius naturale* come sinonima dell' altra *ius gentium*, e in questo caso si riferisce al fondamento di esso, all' accordo di certi principî giuridici co' bisogni ed esigenze della comune e razionale natura degli uomini. In altri termini, questa, la *naturalis ratio*, fornisce la materia principale al *ius naturale*, ed appunto a cagion della sua estensione e della sua universale efficacia, già si trovava come dritto positivo in tutt' i popoli colti e non ignoti a' romani, *apud omnes gentes*, era egualmente come *ius gentium*, cioè come *ius naturale et gentium indicata*. Talvolta, per contrario, alla frase *jus naturale* si dà un altro significato men largo, giacchè deve indicare l' insieme di quegli istituti di dritto romano, di cui può dirsi, che essi, secondo il loro germe e 'l rozzo fondamento, non riposano direttamente e solo sulla ragione degli uomini ma sulla sensibile loro natura, come a dire su di un istinto comune all' uomo ed agli animali. Onde la definizione di un tale *ius naturale*, come *ius*, *quod natura omnia animalia docuit*, ad ogni modo ciò si porge come una dimostrazione antropologica-filosofica, non chiaramente concepita, e difettosa. Anche gli stessi romani non vi scorgevano, come pare, molta importanza sotto il duplice rapporto teorico e pratico.

Non è però da tacere, che la frase *ius civile* non vien adoperata unicamente in contrapposizione del *ius naturale et gentium*. Poichè talvolta il *ius civile* dinota, in generale, riferendosi alle sue sorgenti, il contrapposto del *ius praetorium et ius honorarium*. Inoltre, il più *antico dritto romano*, cioè quello che ha per base la legge delle 12 tavole, viene spesso nominato per antonomasia *ius civile*, in contrapposto delle nuove mutazioni che la necessità de' tempi vi addusse, sebbene queste fossero state introdotte precisamente per mezzo delle sorgenti giuridico-civili. Finalmente, il *ius civile* si adopera talvolta anche per contrapposto al *ius criminale*.

Dicendum est igitur de iure privato, quod tripartitum est. Collectum est enim ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus, § 4. *Inst. I, 1. de ius. et iure.*

Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in coelo, quae in terra, quae in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque foeminae coniugatio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio et educatio. Videmus enim, cetera quoque animalia istius iuris peritia censeri. Jus autem civile vel gentium ita dividitur. Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium inre utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque ius civile, quasi ius

proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Et populus itaque romanus partim suo proprio, partim communi omnium iure utitur. *Pr. et § 1. Inst. 1, 2. de iure nat.*

Jus gentium est, quo gentes humanae utuntur. Quod a naturali recedere facile intelligere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune est. ULPIAN. *in fr. 1. § 4. D. I. 1. de iust. et iure.*

Quarundam rerum dominium nanciscimur iure naturali, quod appellatur ius gentium, quarundam vero iure civili. *§ 11, Inst. II, De rerum divis.*

§. 16.

Divisione del Dritto secondo le sue sorgenti in jus scriptum ed in jus non scriptum.

I giuristi romani, secondo un modo di dire, tolto, come eglino stessi ce 'l dicono, da'Greci, ed accolto nella loro lingua giuridica, sogliono dividere tutte le fonti del dritto positivo in *jus scriptum, quod ex scripto venit*, ed in *jus non scriptum, quod ex non scripto venit.* Questa divisione, la quale si lega eziandio alla origine ed allo svolgimento del dritto per mezzo di leggi pubblicate e di consuetudini, non può, come suolsi oggidì, venir presa come al tutto equivalente alla divisione in dritto che deriva da leggi e in dritto risultante da consuetudini. Il carattere proprio di una sorgente del *jus scriptum* era piuttosto da vedersi nel bisogno ch'essa avea sempre avuto per dar vita ad un nuovo principio di dritto, di una certa autenticazione scritturale e di una forma specialmente determinata, secondo la particolare costituzione giuridica dello Stato romano. Le sorgenti di dritto, che non avean bisogno di sì fatta forma di scrittura per conferire piena efficacia ad un nuovo principio di dritto, appartenevano a quelle del *jus non scriptum.* Sempre però la forma scritturale richiesta dalla costituzione ed esprimente la nuova norma di dritto, costituiva il carattere del *jus scriptum.* E nulla rilevava la circostanza, che una scrittura fu stesa col fine di una formale pubblicazione del nuovo principio di dritto, o che in generale non fosse da simile pubblicazione effettualmente scompagnata. Quindi tutte le forme delle leggi pubblicate, di *leges*, cadono indubitatamente sotto la nozione del *jus scriptum*; ma il vedere se un'altra sorgente di dritto appartenesse al *jus scriptum*, o al *jus non scriptum*, dipendeva da'cambiamenti che poteano essere intervenuti nella costituzione giuridica e giudiziaria dello Stato. Da ciò vien chiaro il perchè in diversi tempi le stesse sorgenti di dritto ora nel *jus non scriptum*, ora nel *jus scriptum* furon messe dai giuristi romani. Il che fu specialmente pe' *responsa prudentium.* Il dritto consuetudinario propriamente detto, come quello che riposa sulla convinzione giuridica del popolo, non abbisogna mai di un documento scritto per avere esistenza ed effettiva efficacia. Al contrario, vi erano, secondo la costituzione giudiziaria di Roma, certe persone, in ispezialità i *magistratus* e poscia i *prudentes*, le quali, non aveano

veramente autorità di pubblicare le *leges*, come il *populus*, la *plebs*, il *senatus*, e più tardi gl'imperatori; e ciò nullameno, entro ad un confine prescritto, erano autorizzate al *jus facere*, cioè dire, che secondo la condizione propria del loro ufficio nello Stato, come organi di quest'ultimo, potevano promulgare con positiva efficacia novelle norme di dritto. Ma in tal caso doveasi ciò fare in una scrittural forma di promulgazione legalmente stabilita, la quale poteva essere una vera pubblicazione, come per es. per gli editti de' *magistratus;* non però sempre, giacchè talvolta prendeva ben altra forma, come per i *responsa prudentium* nel terzo periodo.

Constat autem ius nostrum aut ex scripto, aut ex non scripto, ut apud Graecos *των νομων οἱ μεν εγγραφος, ος δε αγραφοι*. Scriptum autem ius est lex, plebiscita, seuatus consulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium. *§ 3. Inst. 1, 2. de iure nat.*

Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem imitantur. Et non ineleganter in duas species ius civile distributum esse videtur. Nam origo eius ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet et Lacedaemoniorum fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedaemonii quidem magis ea, quae pro legibus observarent, memoriae mandarent. Athenienses vero ea, quae in legibus scripta comprehendissent, custodirent — *§ 10. Inst. eod.*

Exceptiones autem alias in edicto Praetor habet propositas, alias causa cognita accommodatas. Quae omnes vel ex legibus, vel ex his, quae legis vicem obtinent, substantiam capiunt, vel ex iurisdictione Praetoris proditae sunt. — GAI. *IV. § 118. Conf. col lib. I. § 3-5.*

§. 17.

Le leggi pubblicate, leges in generale.

Poichè in questo periodo vi erano tre diversi corpi politici aventi formalmente podestà legislativa, le leggi pubblicate potevano venir fuori in una triplice forma, come *leges populi*, *plebiscita* e *senatusconsulta*. Tutte, in senso largo, erano e dicevansi *leges;* ma, di certo, nel significato primitivo e proprio davasi il nome di *lex* solo a tutto ciò che il popolo riunito, come *lex populi* avesse ordinato. Le altre, come dicevasi, aveano solo *leges vicem*, o *legis vigorem*. Anche per lungo tempo l'autorità politica dalla quale si emanava una legge, e la forma che le si dava non erano una circostanza meramente accidentale, ma sotto il rapporto politico ben importanti, e spesso aveano alcun potere sul contenuto della medesima legge. Inoltre, i reciproci rapporti esistenti tra questi diversi poteri legislativi, e la loro ingerenza, al principio della *libera respubblica* non erano ancora per la costituzione descritti con sufficiente precisione; quindi varie collisioni, ora gravi, ora passaggiere: ma prestamente anzi che no, le si tolsero.

Molte cure fornivansi nella compilazione di queste leggi, formandole in modo da fare raggiungere lo scopo, e slontanare da loro ogni addentellato per falsarne il senso, ed eluderne l'applicazione. Dopo il preambolo, che conteneva l'argomento della legge, il nome del

rogatore, e l'occasione di essa, seguiva il suo proprio contenuto con esatta dichiarazione di ciò che si derogava, e di quel che dovea rimaner saldo. Spesso, massime quando, come non di rado avveniva, le leggi concernevano molti e diversi obbietti, le si dividevano in più *capita*. Esse contenevano d'ordinario alla fine una particolare *sanctio*, per la quale al contravventore era minacciata una pena. A quest'ultima parte vuolsi riferire la divisione delle leggi pubblicate in *leges perfectae*, *leges imperfectae* e *leges minus quam perfectae*.

Καὶ οὕτως lex *μὲν οὐκ ἠδυνήθη κληθῆναι τὸ παρ' ἑκατέρου τεθὲν διὰ τὸ μὴ τὴν ἀρχὴν κατὰ συναίνεσιν τῶν δύο τίθεσθαι μερῶν. Ἐπεὶ δὲ (καὶ τὸ νομοθετηθὲν ἐκ τοῦ ἰδιώτου δήμου πλέβισκιτον) αὐτὴν τὴν ἔκβασιν ἔσχε, καὶ τοῦ αὐτοῦ ἔτυχεν ἀποτελέσματος, τοῦ κρατεῖν φημι κατὰ πάντων, καὶ* legis vigorem habet, *τοῦτ' ἔστι νόμου τάξιν ἐπέχει.*

Neque sic quidem lex poterat appellari ius ab alterutro constitutum, quum ab initio ex consensu ambarum partium sancitum non esset. Quoniam vero (etiam a plebe factum plebiscitum) eumdem exitum habebat, et eundem sortiebatur effectum, ut scilicet adversus cunctos obtineret, etiam legis vigorem habet — Theophilus *ad § Inst. l. 2. de iur. nat. (ed. Reitz.)*

Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit ei qui contra legem fecit— Ulpiani *fragm. I, § 1 e 2.*

Lex est, quod populus romanus Senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat. *§ 4. Inst. 1, 2. iur. nat. Conf. Gai I. § 2.*

§. 18.

Le leggi dette propriamente leges populi.

Il potere legislativo più incontrastato esercitavasi dal popolo, cioè dire, dalla comunanza de'cittadini romani, patrizi e plebei, nei *Comizi Centuriati*. Pertanto ciò non era un portato della *libera respublica*, ma una istituzione già conservata dal tempo de' Re, specialmente di Servio Tullio, come un elemento dell'antica costituzione dello Stato popolare. Solo in questo tempo i consoli, come i superiori (di regola) *magistratus populi*, erano quelli che proponevano le nuove leggi da presentare al popolo. Ma, poichè tali maestrati al principio di questo periodo erano tutti riservati a' patrizi, ed oltrecciò, tutta l'organizzazione delle centurie, fondata sul *census*, era causa, che i patrizi, quando si accordavano tra loro contro i plebei, avessero su questi una preponderanza, e finalmente, essendo, almeno nel principio di questo medesimo periodo, la forza obbligatoria delle *leges populi*, *populi scita*, soggetta all'anteriore o posteriore approvazione del senato, che allora era anch'esso un ordine di patrizi, egli è evidente che siffatto potere legislativo del *populus* rimaneva sotto l'aristocratico predominio di costoro.

E precisamente questa politica abbiezione, in che era posta la *plebs* ne'comizi centuriati fu precipua cagione, per cui già dal principio di questo periodo ella cercò di ottenere a viva forza un proprio potere legislativo, senza che a modo ninno vi potessero accedere i patrizi. Di

fatto, i tribuni del popolo, trascorrendo oltre i sentieri delle loro primitive facoltà, cominciarono ben presto a presentare proposte di nuove leggi alla plebe già riunita per altri obbietti di comune interesse ne' *tributa comitia*. Se queste leggi erano vinte a maggioranza di voci, le si dicevano *plebiscita*. Tali risoluzioni, come quelle che non abbisognavano di veruna approvazione del Senato, erano senza dubbio sottratte ad ogni diretto operare de' patrizi. Il perchè questi ultimi rifiutarono dapprima di riconoscere la legale forza obbligatoria de' plebisciti pel loro ordine, salvo, che non contenessero, per virtù della posteriore conferma nel senato o ne' comizi centuriati, il vero carattere di *senatus consulta*, o *leges populi*. Quindi ci pare che l'osservanza de' plebisciti rispetto a' patrizi dovè rimanere per non poco tempo indecisa, sino che, a poco a poco per mezzo delle *leges Publiliae* dell'anno 415 di Roma, e più per la *lex Hortensia* del 467, la plebe fè riconoscere il principio, *ut plebiscita universum populum tenerent*. Ciò prodnsse una piena eguaglianza tra le *leges populi* e i *plebiscita;* chè ancor questi ebbero da quell'ora decisivamente almeno *legis vigorem*, e spesso ancora furono detti *leges*.

A dir breve, avvenuta alla fin fine la politica conciliazione ed nguaglianza de' patrizi e de' plebei, il carattere de' plebisciti originariamente così distinto, cioè la loro qualità di leggi per la sola *plebs*, scomparve presso che interamente verso la metà di questo periodo, perocchè ne' *tributa comitia* votavano ancor essi i patrizi. Inoltre, per le stesse ragioni non era più possibile una preponderanza de' patrizi, come tali, ne' comizi centuriati. Così, quantunque la distinzione fra quelle due specie di leggi del popolo si conservò solo come una forma e nella maniera di votare, e nella lingua rigorosamente diplomatica del dritto, pure rimase senza politica importanza. Del resto, se i plebisciti formano una sorgente copiosa di dritto più che le *leges populi*, e se, in generale, la propria legislazione civile fu sottoposta pressocchè tntta a' tribnti comizi, mentre l'attività de' comizi centnriati si applicò spezialmente al dritto pubblico ed alla elezione de' magistrati, questo risnltò da ben altre circostanze. Poichè da una parte la forma de' plebisciti, secondo la interna ed esterna organizzazione delle radunanze popolari, parve la più comoda; dall'altra, ciò si connette con la condizione in che vennero i Tribuni della plebe conforme al modo di governo che allora vi era, rimpetto a' *magistratus iuri dicundo*.

Le singole leggi del popolo erano nominate ed indicate ora col nome gentilizio de' due Consoli, ora con quello del Tribuno del popolo da cui era fatta la *rogatio legis*, p. es. *lex Aelia Sentia, lex Hortensia, lex Pompeja*. Spesso al nome della legge si aggiugnevano parole indicanti l'oggetto che in essa trattavasi; per es. *Lex Cincia de donis et muneribus, Lex Julia majestatis*.

Alle deliberazioni del popolo, come *leges* propriamente dette, si riferiscono direttamente le tecniche espressioni: *Legem ferre, rogare, promulgare, suadere, dissuadere, perferre, abrogare; legi derogare, subrogare, abrogare*.

Le singole leggi del popolo, che già furono in questo periodo importanti per il dritto privato, e delle quali le più ricadono nell'ultimo tempo della *libera respublica*, non possono, secondo il proposito di questo compendio, essere mentovate e caratterizzate che nella esposizione di tutto il sistema del dritto stesso, sempre che ci occorrerà di tòccarne le varie parti che furono obbietto speciale di esse. Molte di questi leggi sono a noi pervenute, almeno i frammenti, nella loro forma originaria per es. la *lex Servilia* (*Glauciae* (1)); la *lex Thoria* (*agraria* (2)) la *lex Julia municipalis* (così detta *tabula Heracleensis* (3)), *lex* (*Rubria*) *de Gallia cisalpina, lex Mamilia de coloniis*. Ma non conosciamo le più di esse se non per altri scritti, che ci riferiscono il loro contenuto ora in modo generale, ora particolare. Si è cercato di restuirle artificialmente, ed un saggio di simili ricerche ce l'ha offerto Haubold *Inst. jur. rom. lit. Lips. 1809 p. 297. seqq.*

Plebiscitum est, quod plebs iubet atque constituit. Plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis, plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur. Unde olim patricii dicebant, plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent. Sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebiscita universum populum tenerent. Itaque eo modo legibus exaequata sunt — Gai I. § 3. Vedi § 4° *Inst. 1, 2. de iure nat.*

Ita ne leges quidem proprie, sed plebiscita appellantur, quae tribunis plebis ferentibus accepta sunt. Quibus rogationibus antea patricii non tenebantur, donec Q. Hortensius dictator eam legem tulit, ut eo iure, quod plebs statuisset, omnes Quirites tenerentur — Gell. *N. A. XV, 27.*

Lex aut rogatur, id est fertur, aut abrogatur, id est, prior lex tollitur, aut derogatur, id est, pars prioris legis tollitur, aut subrogatur, id est, adiicitur aliquid primae legi, aut obrogatur, id est, mutatur aliquid ex prima lege — Ulpiani *fragm. 1, § 3.*

§. 19.

I Senatusconsulta.

Quanto al potere legislativo del senato, diciamo che il suo germe esisteva fin dal tempo de' Re. Vero è, che l'azione costituziouale del senato fu in su le prime più amministrativa e consultiva, stantechè l'attività legislativa in lui si limitava al solo dritto che avea preteso ab antico, di dare cioè il suo assenso, *auctoritas*, o 'l suo niego alle leggi votate dal *populus*; ma come da una parte sin da' primi tempi della *libera respublica*, le leggi del popolo si francarono di mano in mano da siffatta molesta cooperazione del Senato, così pure dall'altra, ei non tardò a spiegare un potere legislativo al tutto proprio e indipendente.

(1) Pubblicata da Klenze, Berol. 1825.

(2) Pubblicata da Rudorff nella *Zeitscher. für gechichtl. Rechtswiss.* Vol. 10. n. 1.

(3) Pubblicata da Alessio Mazocchi col suo *In Regii Herculan. Musaei aeneas tabulas Heraclienses Comment.* Nap. 1754 in fol.; da Marezoll Gotting. 1816 8.; da Dirksen, Berol. 1817.

Le sue risoluzioni, rare in questo periodo, ma pure importanti pel dritto privato, eran dette *Senatusconsulta*. Ebbero *legis vicem*, ed obbligarono sin dalle prime tutto il *populus*. Imperocchè l'avere i plebei, per quanto si narra, rifiutato di riconoscere i *Senatusconsulta*, non fu certo che una fuggevole conseguenza delle particolari dissensioni ch'essi ebbero co' patrizi intorno alla forza obbligatoria de' plebisciti.

I singoli senatusconsulti erano dinotati ora col nome de' consoli, *qui Senatum consuluerunt*, ora con indicazioni delle cose che vi erano trattate. Talvolta tenevasi l'uno e l'altro modo, per es. *Senatusconsultum Silanianum*, *Senatusconsultum Vellejanum*, *sectum de Bacchanalibus*, *de assegnanda libertate*, ecc. Soltanto in un caso a noi ben cognito troviamo indicato un senatoconsulto col nome della persona privata, la cui condotta fu per avventura la causa occasionale di esso. *Macedonianum senatusconsultum*.

Il contenuto di molti senatusconsulti ci vien riferito compiutamente anzi che no; però nessuno di essi s' è conservato nel suo vero originale, eccetto per avventura il *Sctum de Bacchanalibus* (a. u. 568 (1)).

Senatus consultum est, quod senatus iubet atque constituit, idque legis vicem obtinet, quamvis fuit quaesitum. Gai Inst. § 4. Theophilus ad § 5. Inst. I, 2. de iure natur.

§. 20.

Gli Edicta Magistratuum.

I superiori *magistratus populi* vennero in una condizione affatto speciale per effetto della costituzione della *libera respublica*. Per quanto era breve la durata del loro ufficio, giacchè regolarmante essi tornavano in condizione privata dopo lo spazio di un anno, altrettanto illimitata, durante quel tempo, era l'ampiezza delle loro facoltà. Di fatto, cotesti magistrati sembrano, chi considera il cerchio de'loro poteri, come tutt'insieme reggenti lo stato, senza che l'uno dipendesse dall'altro. In quella sfera essi usavano del proprio potere senza ostacoli, con nessuna limitazione; solo potevano esserne momentaneamente impediti in alcun singolo atto per l'opposizione che loro venisse fatta da'magistrati eguali o superiori, infra i quali non v'era alcun rapporto di subordinazione, *par majorve potestas*. Non prima che fossero tornati alla privata condizione poteano rispondere del loro oprato; chè solo allora eran tenuti di renderne ragione al Senato, od al popolo.

In queste temporanee funzioni di magistratura e di governo non vi era, certo, compreso un potere legislativo e indipendente, per forma che cotesti magistrati potessero porre nuove norme, le quali restando ferme oltre la durata del loro ufficio avessero *legis vicem*, e vincolas-

(1) Endlicher Catal. codd. mss. biblioth. Palat. Vindob. Vind. 1836. 4.

sero i loro successori. Pertanto, giusta la costituzione dello Stato, essi avevano il *ius edicendi*, quantunque originariamente non ammesso da veruna legge fondamentale dello Stato medesimo; acquistato però in virtù di un'antica consuetudine, e da leggi posteriori formalmente riconosciuto. Essi potevano (anzi certi magistrati doveano, come pare, almeno più tardi) far conoscere con pubblici avvisi, al primo entrare in pretura, que'principî, che avrebbono osservati nell'esercizio delle loro funzioni. Il che poi non escludeva la possibilità di dar fuori speciali disposizioni per singoli casi, consigliatrice la necessità delle cose. E segnatamente i *magistratus iuri dicundo* aveano grandissimo bisogno di pubblicare anzi tempo in forma di editto i principî giuridici da osservare nel giudizio delle cause pertinenti alla loro giurisdizione. Il che dicevasi: *iurisdictionis perpetuae causa edicta proponere, ut scirent cives, quod ius de quaque re quisque dicturus esset*, in contrapposto degli *edicta repentina, prout res incidit, facta.* Fra questi magistrati primeggiavano in Roma i pretori, (*Praetor urbanus et peregrinus*) aventi giurisdizione generale, salvo qualche faccende di polizia e di commercio, che si espedivano dagli Edili. Quanto alle province, importanti eran per esse sotto questo rapporto i *proconsules* e i *propraetores*, che vi s'inviavano da Roma.

Ciò posto, a costoro,che rappresentavano il potere giudiziario, non mancavano svariate e talvolta urgentissime occasioni di fare continuo ed utile uso del loro *ius edicendi*, tanto più che il *ius civile* era ancòr molto imperfetto, e pochissimo provvedeva a' bisogni del tempo per cagion della forma pesante, con cui si muoveano ed annunziavansi i suoi organi legislativi. Inoltre si faceva sempre più sensibile il difetto di opportuni principî del *jus gentium*, i quali parevano oramai indispensabili. Or quanto più urgente pe' *magistratus iuri dicundo* si sentiva il bisogno di un più rapido perfezionamento del dritto,per la decisione delle cause soggette alla loro giurisdizione, quanto più necessario parea loro il dar opera a siffatta riforma, stante l' indirizzo che avea preso il procedimento civile, certo più libero, chè molte cose le quali prima erano state ristrette in forme rozze e insèverite, ora venivano rimesse al criterio giuridico del magistrato, tanto più il *ius edicendi* dovea reputarsi per naturale e salutevole rimedio. Finalmente, quella pubblica forma di annunziare gli editti era accomodata da un duplice scopo ; giovava a' collitiganti, perchè li ragguagliava anzi tempo dei principî, secondo i quali doveano, quando che fosse, venir giudicati ; era utile agli stessi magistrati *edicendi*, perchè toglieva ai loro giudizî qualsivoglia sospizione od apparenza di parzialità o di arbitrio.

Non era pertanto impossibile l' introdurre in alcun editto delle false idee, e principî cui poscia non mostrasse utili la esperienza; ma ciò non poteva produrre un male duraturo.Ed in vero, secondo la natura di questa istituzione, le disposizioni di un editto proposto da un magistrato, come norma legale vincolava rigorosamente questo stesso magistrato edicente per sino che durasse il suo ufficio, ed una legge

Cornelia (dell' anno 687 di Roma) espressamente inculcò *ut Praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent*. Quindi gli editti, secondo la loro natura, non erano che *annuae leges* ; epperò il novello successore non era tenuto ad osservarle. Per tal guisa un erroneo principio proclamato dal precedente pretore, rilevato dalla sperienza, poteva dal successore molto facilmente ripararsi, perchè questi non l' accoglieva nell' editto, cui dovea nuovamente compilare, o se pur ve l' inseriva, lo rettificava rivestendolo di una forma più acconcia. Inoltre, era pur conforme al naturale cammino delle cose, che il novello magistrato profittasse delle esperienze del suo predecessore conservando con sanò consiglio que' principî edittali, che si fossero provati utili e buoni ; riammettendoli nel suo editto, o facendoveli tacitamente rimanere senza più.

Così ebbesi a poco a poco un buon dato di principî edittali, che, trasmessi affatto interi dall' uno all' altro magistrato, acquistarono credito per l' abito e la lunghezza del tempo; divennero, in certo modo, permanenti, e diremmo ancora, tradizionali ; onde furono appellati *tralatitia edicta*, in contrapposto degli editti nuovi e di recente formati, de' *nova edicta*. Quanto più tempo era decorso da che esistevano nella stessa forma, nè mai cangiati per molti maestrati successivi, tanto più di autorità conseguivano, *auctoritas*. Così dischiusero una nuova ed importante sorgente di dritto, la quale, conforme alla propria sua essenza, era intraposta fra le leggi e le consuetudini — Imperocchè, sebbene il potere legislativo del magistrato, che durava quanto la sua carica, il *ius edicendi*, fosse il fondamento di questi novelli principî giuridici, tuttavolta la lunga conservazione e ripetizione in più editti consecutivi dava loro per l' avvenire il carattere di ferme e permanenti regole di dritto. Intanto, se vengono riguardate come parte del *ius scriptum*, gli è perchè si pubblicavano necessariamente in iscritto.

In questo stato di cose, gli *edicta magistratuum*, specialmente quelli de' pretori, dovettero riuscire di molto salutevoli, sì perchè erano ordinati a soddisfare opportunamente a' bisogni del dritto con istupenda rapidità cresciuti e crescenti, e sì perchè porgevano il modo acconcio ad assicurare un costante ed uniforme progredire alla giureprudenza. Quel che, intanto, faceva distinguere in guisa peculiare questa sorgente di dritto, e dava un carattere tutto proprio a' suoi risultamenti, era il cauto ed assentito comportarsi de' pretori verso il dritto reale, presente ; tutte cose richieste dal loro ufficio. Perchè a fin di non recare confusione in tutta la giureprudenza, eglino si adopravano a dar nuova forma ed incremento al dritto positivo, accordando col nuovo quel ch' era antico, e conciliando le innovazioni richieste da' tempi, dall' equità, *aequitas*, *aequum ius*, co' rigorosi principî del dritto primitivo, col *ius strictum*.

Per tal modo i pretori risolsero il difficile problema di provvedere a' bisogni del giure civile, *adiuvare*, *vel supplere*, *vel corrigere ius civile*, *propter utilitatem publicam*. Ed ecco perchè noi troviamo

nelle nostre sorgenti il *ius praetorium*, opposto così spesso come un benefico complemento al resto del dritto, al *ius civile*.

E sovrattutto ancor essi i pretori posero il principal fondamento al *ius gentium*, certo importante; il *praetor peregrinus*, per cagion delle cause de' pellegrini che si doveano decidere per lui; il *praetor urbanus*, il quale ammetteva nel suo editto, come un supplemento del *ius civile* propriamente detto, una gran parte di ciò che era proprio del *ius gentium*, e ch' ei reputava ancor utile pe' cittadini romani. E però chi volesse considerare le diverse forme e direzioni, nelle quali gli *edicta magistratuum*, il *ius honorarium*, come lo appellano i suoi autori, furono fatti valere, *edictum praetorium*, *urbanum*, *peregrinum*, *aedilicium*, *provinciale*, ecc. niun' altra sorgente di dritto troverebbe pareggiabile con questa, tanto è copiosa: almeno per ciò che concerne il dritto privato propriamente detto e la procedura civile, che n'era l' obbietto precipuo, giusta la sua natura. I singoli luoghi *capita*, *clausulae* degli editti sono da' romani, per lo più, citati ora pel loro speciale contenuto, ora con le prime parole del testo, p. es. *Successorium edictum — edictum unde liberi*. Solo di rado si citano con lo stesso nome del magistrato che li pubblicò; per es. *Carbonianum edictum;* più spesso poi le azioni da' pretori introdotte di nuovo negli editti portano il nome de' loro autori; per es. la *Publiciana in rem actio*.

Quel che degli editti è pervenuto a dì nostri collegasi meglio col periodo che segue.

Jus autem edicendi habent magistratus populi romani. Sed amplissimum jus est in edictis duorum Praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis jurisdictionem praesides earum habent. Item in edictis Aedilium curulium, quorum jurisdictionem in provinciis populi romani Quaestores habent — Gai. *1*. §. *6*.

Praetorum quoque edicta non modicam obtinent auctoritatem. Haec etiam jus honorarium solemus appellare, quod qui honorem gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic juri dederunt. Proponebant et Aediles curules edictum de quibusdam casibus, quod edictum juris honorarii portio est. — §. *7*. *Inst. I. de jure nat.* Ved. Theophil. *ad h. l.*

Eodem tempore et magistratus jura reddebant, et, ut scirent cives, quod jus de quaque re quisque dicturus esset, seque praemunirent, edicta proponebant. Quae edicta Praetorum jus honorarium constituerunt. Honorarium dicitur, quod ab honore Praetoris venerat — Pompon. *in fr. 2*. §. *10*. *D. I. 2. de orig. jur.*

Aliam deinde legem Cornelius, etsi nemo repugnare ausus est, multis tamen invitis, tulit, ut Praetores ex edictis suis prepetuis jus dicerent. Quae res tum gratiam ambitiosis Praetoribus qui varie jus dicere solebant, sustulit — Asconius *ad Cic. Orat. pro Cornelio.*

Cumque Consules avocarentur bellis finitimis, neque esset, qui in civitate jus reddere posset, factum est, ut Praetor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe jus redderet.

Post aliquot deinde annos, non sufficiente eo Praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius Praetor, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos jus dicebat. — Pompon. *in fr. 2. cit.* §. *27*, *et 28*.

Jus autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principium, auctoritate prudentium venit.

Jus praetorium est, quod Praetores introduxerunt, adjuvandi, vel supplendi,

vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam: quod et honorarium dicitur, ad onorem Praetoris sic nominatum — Papinianus *in fr. 7. pr. et §. 1. D. I. 1. de just. et jure.*
In ea autem (consuetudine et vetustate) jura sunt quaedam ipsa jam certa propter vetustatem, quo in genere et alia sunt multa et eorum maxima pars, quae Praetores edicere consuerunt. — Cic. *de invent. 11. c. 22.*

§. 21.

I responsa prudentium.

In questo periodo non vi era perancora una classe particolare e privilegiata di veri giuristi siccome la si formò nel seguente; se non che vi eran di quelli che si davano con particolare sollecitudine allo studio della giureprudeuza, onde ebbero il nome di *iurisconsulti*, *consulti*, *iurisprudentes*, *prudentes*.

Lo spirito della predominante aristocrazia si era ancor quì per alcun tempo manifestato, per guisa che i Patrizî massime nella loro qualità di *pontifices* e custodi del *ius sacrum*, *pontificium*, che stava sotto la loro immediata ispezione e penetrava profondamente ne' più importanti rapporti della vita, s' impadronirono esclusivamente delle materie del dritto; sovra tutto fecero misteriosa la cognizione delle varie e complicate formole giuridiche, che a quel tempo erano una parte sì importante della giureprudenza (tenendo ancora occulti i tempi e i giorni destinati agli atti giudiciali, *fasti*) (1). Ma i plebei seppero ben presto sottrarsi a questa specie di soggezione abusata bene spesso a lor danno; quindi da entrambe le parti gli uomini più distinti nello Stato si diedero d' allora innanzi allo studio del dritto. Per tal modo il progresso e la elaborazione delle discipline giuridiche divenne, puranche sotto questo rapporto, il comun bene di tutto il popolo, e prese ogni dì più un carattere nazionale. Del resto, l' attività di cotesti prudenti non ebbe dapprima che una tendenza meramente pratica, e solo in su lo scorcio di questo periodo si videro distinti saggi di una forma più scientifica per la elaborazione del dritto romano. Imperocchè l' ufficio precipuo de' *prudentes* non in altro per lunga pezza consistette che in questo; ch' eglino, come conoscitori

---

(1) Essi formavano una parte importante del calendario. Questo si connetteva molto strettamente con la giurisprudenza, parte per tale ragione, e parte per l'influenza che nell'antico come nel nuovo dritto romano il corso di certi periodi di tempo esercitava sulla formazione de' giuridici rapporti.

Il più antico calendario era il *romuleo*, secondo il quale l' anno componevasi di 10 mesi, o 304 giorni. Un calendario posteriore, dell'età di Numa, fissò l'anno di 12 mesi o di 355 giorni. Finalmente il calendario *Giuliano* (composto da Giulio Cesare) cangiò quello che preesisteva, giacchè ritenne l'anno di 12 mesi, ma di 365 giorni. In ogni quadriennio deve intercalarsi un giorno per guisa, che il febbraio, ch' è di 23 giorni, forma un giorno di Calendario di 48 ore sotto il nome di *dies bissextus ante Kalendas Martias*. Secondo il calendario di Numa solevasi in ogni anno, l' un per l' altro, intercalare tutta una serie ora di 22, ora di 23 giorni dopo il 23.° giorno di febbraio.

delle leggi od esperti *patroni*, per virtù di raccolte e svariate sperienze di dritto, a quelli che ne facessero istanza davano consulti, avvisi e pratiche nozioni per ogni sorta di affari, spezialmente per la cauta espedizione di una propria causa, o per la legale decisione di piati altrui, il cui giudizio diffinitivo toccava a' richiedenti, prescelti a *iudices*. *Cavere*, *Scrivere*, *Respondere*. Pertanto, non poteva non avvenire che i *prudentes* avessero un importante potere sull' ulteriore svolgimento del dritto esistente ; perocchè eglino erano tratti quasi per necessità a scorgere le molte lacune del dritto tal quale esisteva a quei giorni, nè poche occasioni a ciò fare porgevano loro quelle pratiche cure, que' cotidiani esercizî. E queste lacune appunto cercaron essi di riempiere, il meglio che poterono, per mezzo della storica spiegazione, co' comenti de' materiali del dritto, con sane analogie e con logiche deduzioni conformi al suo spirito. Questo è ciò che dicesi *Interpretatio iuris civilis*, nel senso della parola propriamente romano, cioè dire molto più che la semplice interpetrazione e dichiarazione di una legge. E più viva fu sentita la necessità di una migliore elaborazione e perfezionamento del dritto per mezzo de' *prudentes* e della loro interpretazione poi che il dritto romano si cominciò a slargare nelle sue parti, massime mercè l' unione del *ius gentium* col *ius civile* ; senza del che sarebbe quest' esso tardamente proceduto nel suo cammino, e 'l *ius gentium* lo avrebbe di lungo tratto sorpassato.

In questo modo poterono aver corso e vigorir da per tutto in mezzo al popolo molti nuovi principî di dritto almeno non peranco ben conosciuti, la cui pratica e positiva efficacia, *auctoritas*, come *receptum ius*, non pur fondavasi sulla personale autorità de' *prudentes*, da cui provvenivano, ma principalmente su ciò, ch' essi, almeno il più delle volte, non contenevano nulla di propriamente nuovo, e non erano che sviluppamenti del dritto civile già noto e da gran tempo esistente, e che per mezzo di più nitida forma si offria meglio alla giuridica coscienza del popolo. Quindi fu dato pure a' prodotti di sì fatte consultazioni, a' *responsa* de' *prudentes*, l' antonomastico nome di *ius civile* in senso assai stretto ; e da quel tempo furon questi pel dritto civile e pel suo progressivo sviluppo ciò che gli editti de' magistrati pel *ius gentium*. La ragione, per cui i *responsa prudentium*, come sorgenti di dritto, furono dappoi noverati nel *ius scriptum*, sta nella particolare forma che presero, e nell' autenticazione per iscritto, che indi fu chiesta ; chè al tempo, di cui parliamo, esse appartenevano ancora al *ius non scriptum*.

I *prudentes* più meritevoli di ricordanza, così per la speciale estimazione in che erano tenuti da' loro contemporanei, come per essere scrittori giuridici, sono i seguenti : Appio Claudio, Cn. Flavio *(ius flavianum)*, Tiberio Coruncanio, Elio Cato, Catone il vecchio e M. Porcio Catone, P. Mucio Scevola, M. Giunio Bruto, M. Manilio Nepote, i due Q. Mucio Scevola, il vecchio e 'l giovine, Ostilio, L. Grasso, Servio Supplicio Rufo, Alfeno Varo, A. Ofilio ed altri. Intanto i loro lavori si limitarono, come è facile ad intendere, ponendo mente

allo stato in che trovavasi allora la giureprudenza, quasi unicamente alla pubblicazione, alla riunione ed ordinamento di formulari per ogni sorta di atti giuridici, *actiones*, in questo senso particolare della parola. Solo di pochi è fama che avessero mirato più alto, o se non altro, tentato di far del dritto un tutto scientificamente ordinato ad unità di disciplina. Fra questi sono da noverare : Q. Mucio Scevola, Servio Sulpicio Rufo, A. Ofilio.

Nessuna parte di queste opere giuridiche ci è pervenuta nella sua forma originale, e intorno ai loro autori ed alle materie per essi trattate nôn abbiamo altro più, che poche ed indirette notizie. Il che si comprende molto di leggieri sol che si rifletta, avere l' autorità dei giuristi posteriori, assai più grande per ogni conto, oscurata la loro nominanza compiendo l' opra incominciata da' primi *prudentes*, e togliendo da' loro scritti ciò ch' era degno di essere preso in considerazione.

Jus autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, decretis principum auctoritate prudentium venit — Papinianus *in fr. 7. pr. D. I. 1. de just. et jure.*

Ita in civitate nostra aut jure, id est lege constituitur, aut est *proprium jus civile*, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit — Pomponius *in fr. 2. §. 12. D. I. 2. de orig. jur.* V. Cicerone *de Off. III. cap. 16.* — Festus *sub voc. receptum* — *§. 3. Inst. I. 2. de jur. nat.*

His legibus (XII. tab.) latis coepit, ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritate necessariam esse disputationem fori. Haec disputatio et hoc jus, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus propria parte aliqua non appellatur, ut caeterae partes juris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus caeteris partibus, sed comuni nomine appellatur jus civile — Pompon. *fr. 2. §. 5. D. eod.*

Omnium tamen harum (legis actionum) et interpretandi scientia, et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoque anno praesset privatis — Pompon. *fr. 2. §. 6. D. eod.*

Juris civilis scientiam plurimi et maximi viri professi sunt, sed qui eorum maximae dignitatis apud populum romanum fuerunt, eorum in praesentia mentio habenda est, ut appareat, a quibus et qualibus haec jura orta et tradita sint. Et quidem ex omnibus, qui scientiam nacti sunt, ante Tiberium Coruncanium publice professum neminem traditur: ceteri autem ad hunc vel in latenti jus civile retinere cogitabant, solumque consultatoribus vacare potius, quam discere volentibus se praestabant. — Pompon. *eod. §. 35.*

Postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Cn. Flavius, scriba ejus, libertini filius, subreptum librum populo tradidit; et adeo gratum fuit id munus populo, ut tribunus plebis fieret, et Senator et aedilis curulis. Hic liber, qui actiones continet, appellatur jus civile Flavianum, sicut ille jus civile Papirianum. Nam nec Cn. Flavius de suo quidquam adjecit libro. Augescente civitate, quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur jus Aelianum. — Pompon. *eod. §. 7.*

Q. Mucius, Publii filius, Pontifex maximus, ius civile primus constituit, generatim in libros decem et octo redigendo — Pompon. *eod. §. 41.*

§. 22.

Altre specie di dritto consuetudinario.

Dal fin quì detto si scorge, che il ***ius honorarium***, ed i ***responsa prudentium*** non erano chę una forma particolare del dritto consuetudinario; quello, un dritto consuetudinario che si formava sotto la speciale direzione e sorveglianza de' ***magistratus***; questi, un dritto consuetudinario ancor essi, ma diretto e sorvegliato da'***prudentes***. Ed oltreccið, non poca parte di novello dritto consuetudinario si svolgeva parte immediatamente in mezzo al popolo, ***mos, mores maiorum***, e parte mercè gli usi del giudicare. Così erano appellate quelle regole di dritto consuetudinario che specialmente per la uniformità della loro applicazione a' singoli piati fatta da sentenze irrevocabili ***res iudicatae, res perpetuo similiter iudicatae***, si annunciavano come imprescindibile. Una speciale importanza aveano le uniformi pronunziazioni, ***praeiudicia***, de' tribunali centumvirali. A ciò si riferiscono nelle nostre fonti giuridiche le espressioni: ***rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas, disputatio fori***. Ad ogni modo, tutto questo dritto consuetudinario, come parte integrante del dritto romano, rientrava sotto l'idea del ***ius civile*** propriamente detto.

Nam Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex lege proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere — CALLISTRATUS *in fr. 38. D. I. 3. de legib.*
Praeses Provinciae, probatis his, quae in oppido frequenter in eodem controversiarium genere servata sunt, causa cognita statuet. Nam et consuetudo praecedens, et ratio quae consuetudinem suasit, custodienda est. IMP. ALEXANDER *in c. 1. C. VIII, 53. quae sit longa consuetudo.*

PERIODO TERZO

DALL' IMPERATORE AUGUSTO SINO A COSTANTINO IL GRANDE.

§. 23.

Mutazioni nella politica costituzione dello Stato.

Le non poche discordie interne e le guerre civili, con le quali si chiude il precedente periodo, aveano alla pur fine causato una vera anarchia, per cui, benchè in modo fuggevole e per poco tempo, alcuni potenti levarono su alto il capo, e, con vari nomi, conseguirono, almeno di fatto, una potestà governativa pressochè illimitata. A costoro sovrasta Giulio Cesare, fondatore di quell' impero che così presto si svolse. Morto lui, e nati novelli disordini cittadini, furono scelti a proposta di un ***interrex***, tre uomini, Ottaviano, Antonio e Lepido col nome di ***triumviri reipublicae constituendae***, a fine di restaurare le

guaste parti della Costituzione. Morto Lepido, disfatto in aperta campagna ed ucciso Antonio, Ottaviano restò solo nel triumvirato; e seppe di sua mente comportarsi in guisa, che la potestà governativa sino allora tripartita se la tolse e conservossela egli solo. Col medesimo senno politico ei seppe mantenersi nella suprema potestà ancor dopo che fu riorganizzato lo Stato, col farsela accordare a più riprese e sempre per anni determinati, e così resse come principe, *princeps*, sino alla ben tarda sua morte. Nullameno, ei lasciò inviolate, ma in apparenza, tutte le antiche forme della *libera respubblica*, e dimostrò in generale una grande moderanza. Ammoderati furono medesimamente i suoi primi successori, ma con meno circospezione, con minor modo e misura. In tal guisa la *libera respublica* venne molto insensibilmente a pigliar la pura forma monarchica del reggimento imperiale. E questo non fu l'effetto di un pronto ed ardito colpo di mano per parte di Ottaviano Augusto, nè si può considerare come un semplice e libero atto del popolo, con che si fosse trasmessa la sovrana potestà ad un solo. I ragguagli che abbiamo di una *lex regia*, di una legge popolare, con cui la potestà regia si sarebbe formalmente conferita tutta di un tratto ad Augusto, come al primo imperatore, non comprovano più che tanto; essendochè si è certi, che sì fatta trasmissione si oprò non in una ma in più volte. Una eguale *lex de imperio*, nell'addotta estensione, troviamo noi sotto i successori di Augusto, ma solo come semplice forma. Per verità, il dire che Augusto avesse ottenuto a questo modo la sovrana potestà, difficilmente si accorda col fatto storico,ch'è l'avere questo imperatore insino all'ultimo esercitato il potere governativo dello Stato non da per sè e come principe, ma sì nella forma e per mezzo delle più importanti magistrature originate dalla *libera respublica*; i quali poteri ei si faceva trasmettere per un tempo or più, or meno lungo, e tutti in lui li riuniva : cioè dire la *tribunicia potestas*, il *proconsulare imperium*, la *praefectura morum*, la dignità di un *Pontifex maximus* ecc.

Con innanzi questa storica sposizione,che ben si accorda con l'astuta politica di Augusto, ognun vede il modo ond'era organato tutto il potere legislativo a' primi tempi dell'impero. Il popolo, la plebe,ed il senato esercitavano come per lo avanti e senza apparente novità, la loro potestà legislativa nelle forme repubblicane; se non che l'imperatore, come depositario permanente di tutt'i poteri delle su dette magistrature repubblicane, e per la sua politica influenza, aveva una notevole preponderanza sovra di essi. Ei pur poteva assolutamente nella sua qualità come *magistratus populi* con motuproprio proporre degli *edicta*, che doveano conseguire *legis vicem*, poichè quì il magistrato edicente restava nel potere per tutto il tempo della sua vita.

In questa esterna forma della *libera respublica* i successori di Augusto, sotto il nome di *Principes*, *Imperatores*, *Caesares*, *Augusti*, governarono per un buon tratto di tempo lo Stato romano. Ma quelle istituzioni repubblicane per l'autorità del monarca sempre più cre-

scente andarono ogni dì più scadendo sino a divenire forme vuote di sostanza ; onde, siccome inutili, l' una innanzi l' altra scomparvero. Così rilevossi tutto intero il principio rigorosamente monarchico rivestendosi non di rado con forme assaissimo dispotiche.

L' impero, durante tutto questo periodo, continuò a stendersi al di fuori : ma dentro di sè covava il germe della sua rovina. Già se ne manifestarono i segni più notevoli, massime ne' tempi turbinosi,e nel rapido succedersi degli imperatori, poi che fu morto Alessandro Severo. In questi torbidi, che perdurarono sino a Diocleziano, si perderono le ultime reliquie dell' antica *libera respublica*, le quali eransi almeno conservate in alcune istituzioni del dritto privato ; finalmente tutta quanta la costituzione dello Stato prese apertamente il carattere di un dispotismo militare.

Tutto ciò ebbe pure la sua azione sullo stato del dritto ; non solo il dritto pubblico soggiacque ad una compiuta riforma, ma nuove sorgenti si apersero per il dritto privato. Pertanto, lo spirito di eccellenza e di logicità con cui sino allora si era svolto il diritto, restò immutato ancor gran tempo dopo la caduta della libera costituzione popolare ; e per giunta può dirsi, che il regime imperiale, mediante alcune nuove istituzioni che introdusse, fu piuttosto propizio, anzichè avverso alla giureprudenza. Solo, in su lo scorcio di questo periodo, il principio dell' arbitrio e del dispotismo cominciò ad operare sensibilmente sull' ulteriore svolgimento delle istituzioni del dritto privato.

Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem, quum lege regia, quae de ejus imperio lata est, populus ei et in eum omne imperium suum et potestatem concedat. §. 6. Inst. I. 2. de jur. nat. V. Gai. I. §. 15. e *fr. 1. pr. D. I. 4 de constit.*

Lege antiqua, quae regia nuncupabatur, omne jus, omnisque potestas populi romani in imperatoriam translata sunt potestatem. Iustinianus *in const. Deo auctore*. §. 7.

§. 24.

Della nuova forma delle leggi propriamente dette, e delle Costituzioni imperiali in particolare.

Anche sino a' tempi di Adriano, massime al principio di questo periodo, noi troviamo che le *leges populi* e i *plebiscita* furono emanati in gran numero. La proposta della maggior parte di tutte queste leggi venia fatta immediatamente o mediatamente dall' imperatore. Impertanto, gli ostacoli, che incontrava e dovea superar Augusto per vincere alcune sue rogazioni nelle adunanze del popolo, provano che il potere legislativo del *populus* non è stato per nulla una forma veramente vota dal principio del governo imperiale. Il che si chiarifica specialmente con la storia della più importante e più comprensiva leg-

ge popolare fra quante furono emanate sotto di Augusto, vogliam dire la *lex Julia et Papia Poppaea* (l' anno 762 di Roma) (1).

Ancor più lungamente si mantenne il potere legislativo del senato, ove trovarono un asilo i già rimasti elementi repubblicani, posciachè fu cessata interamente la politica importanza di tutto il *populus*. Epperò i *senatusconsulta* sotto il regime imperiale non solo furon così numerosi, ma conseguirono da quell'ora una più grande importanza pel dritto privato. Però, poichè l'Imperatore presiedeva nel Senato, ed i Senatori, ch' ei pur nominava, non formavano che un consiglio di Stato dipendente per più rispetti da lui, non poteva non avvenire, che la più parte de' senatoconsulti non fossero in realtà che ordinanze imperiali rivestite di forme repubblicane, e spesso promosse con un'*oratio*, o per un *libellus* dell' imperatore medesimo. Di qui spiegasi come e perchè in luogo del senatoconsulto, talvolta è nominata, senza più, l' *oratio principis*. All'età poi di Settimio Severo e Caracalla ogni potere legislativo del senato tornò a nulla, scomparve.

Finalmente l' intera podestà legislativa fu tolta dall' imperatore, nome proprio e nuova forma prendendo. Da quell' ora le *constitutiones*, i *placita*, i *decreta* (in senso lato) *principum*, i quali contenevano disposizioni da non si dover confondere con le ordinanze legislative degl' imperatori, formarono una sorgente di dritto tanto più importante, inquantochè tutta la legislazione si concentrò in essi, e così l'ulteriore progresso del dritto dipese in grandissima parte unicamente dall' imperatore.

Le costituzioni imperiali si differenziavano assaissimo tra loro così nella forma esteriore, come pel loro contenuto. Il che dipendeva naturalmente dalla politica e giudiziaria organizzazione dell' impero, per la quale l'imperatore aveva non pure il potere legislativo, ma l'altro ancora di sovraintendere le cose amministrative e giudiziarie. Ei ben poteva dal suo gabinetto decidere immediatamente le cause non solo in ultima istanza, ma in ogni tempo richiamare a sè di suo talento quelle che fossero pendenti, civili o penali, e, da supremo sentenziatore, diffinirle. Ei dava inoltre alle quistioni che gli eran sommesse da' funzionari o da persone private a lui ricorrenti per faccende di ufficio o di particolari bisogne, quelle risoluzioni che gli andavano a grado. Ora, tutto che veniva fuori del suo gabinetto, aveva il nome di *constitutio principis*, ma, com' è naturale, il numero minor di queste imperiali costituzioni aveano il carattere di vere leggi pubblicate. Bene spesso, anzi d' ordinario, le si davan fuori in forma d' istruzioni, di risoluzioni, di decisioni dell' imperatore sovra i dubbi che gli erano proposti, e sulle cause che sottomettevansi al suo giudizio ; nè tutte contenevano un nuovo principio giuridico ; spesso inculcavano l' osservanza, l' applicazione del dritto in vigore. Ma, per effetto della organizzazione politica e giuridica di quel tempo, quando l' imperato-

(1) Heineccii *Commentarius ad leg. Jul. et Pap. Poppaeam.* Amst. 1726 ; Lips. 1778.

re, non colla forma di nna legge nuova e formalmente pubblicata,ma solo in occasione di un singolo caso, assegnava un nuovo principio di sua natura applicabile eziandio ad altri casi, qnesto veniva a notizia d'ognuno, del foro, e così mediatamente acquistava generale efficacia. Il contenuto di queste decisioni e interpetrazioni dell' imperatore trapassava bentosto nelle scritture de' *iurisconsulti*, coi consigli de' quali la maggior parte di esse erano pronunziate, e così le si facevano conoscibili a tutti. Poi le s' invocavano utilmente nel foro, ed in tal guisa il nuovo principio otteneva ancor esso la *legis vicem*. Solamente le *constitutionnes personales* si eccettuavano; sendochè queste contenevano in loro stesse il divieto di poterle applicare in altri casi. Così ciascuna delle diverse specie e delle varie forme, alle quali possiam riferire le costituzioni imperiali, indica la sua speciale importanza e significazione.

1) Leggi propriamente dette, destinate ad una generale pubblicazione, *edicta*, *edictales leges*, *generales leges*, *constitutiones ad omnes*, ed anche, massime nel periodo seguente, *leges perpetuo valiturae* o *perpetuae*;

2) *Rescripta*, in senso stretto, semplici risposte a quesiti, o quistioni. Essi suddividonsi:

a) In *Epistolae*,

b) In semplici *subscriptiones*, *subnotationes*, e *adnotationes*.

c) In *sanctiones pragmaticae*;

3) *Mandata*, Istruzioni pe' funzionari imperiali;

4) *Decreta*, sentenze imperiali pronunziate per dar fine ad un giudizio.

La forma in cui si dovea stendere la minuta di tutte queste costituzioni fu anzi presto, che no, determinata: differiva parte secondo l' obbietto, parte secondo la immediata destinazione di esse. Sempre però, qual che si fosse il lor contenuto, cominciavano con una *inscriptio*, ch'è quanto dire, col nome di uno o di più imperatori da cui le si emettevano, come pure la specificazione della persona, fisica o morale, cui s' indirizzavano. Alla fine una *subscriptio*, cioè l' indicazione del luogo e del tempo in che le si davano fuori.

Delle Constitnzioni imperiali non solo ci fan menzione gli scritti de' giuristi,che si rapportano in generale al loro contenuto, ma benanco un gran nnmero ne pervenne a'dì nostri nella originale loro forma.

Quest' ultime specialmente possono vedersi nelle raccolte delle costituzioni, *codices constitutionum*, di cui terrem discorso nel periodo che segue.

Constitutio principis est, quod imperator vel decreto, vel edicto, vel epistola constituit, nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem obtineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat. Gai. 1. §. 5.

Quodcumque ergo imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto praecepit, legem esse constat. Hae sunt, quae constitutiones appellantur. Plane ex his quaedam sunt personales, quae nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc princeps vult. Nam quod alicui ob meritum indulsit, vel si quam

poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non trasgreditur. Aliae autem, quum generales sint, omnes procul dubio tenent. §. *6. Inst. 1. 2. de jur. nat.*

Leges ut generales ab omnibus aequabiliter in posterum observentur, quae vel missae a nobis ad venerabilem coetum (Senatum) oratione conduntur, vel inserto edicti vocabulo nuncupantur, sive eas nobis spontaneus motus ingesserit, sive precatio, sive relatio, vel lis mota legis occasiouem postulaverit. Nam satis est, edicti eas nuncupatione censeri, vel per omnes populos judicium programmatibus divulgari, vel expressius continere, quod principes censuerint, ea, quae in certis negotiis statuta sunt, similium quoque causarum fata componere. Theod. et Valent. *in c. 3. C. 1. 14. de legib. et constit.*

§. 25.

Nuovissima forma degli Edicta Magistratuum, e dell' Editto di Adriano in particolare.

La nuova costituzione imperiale per niun modo avversò da principio questa sorgente di dritto. Gli *edicta magistratuum* seguitarono placidamente il loro cammino, mentre non solo restò l' antica discordanza del *ius civile* col *ius honorarium, ius strictum et ius aequum*, ma pur gli organi necessarî alla produzione del *ius honorarium*, i *magistratus j. d.* rimasero ne' prischi loro uffizî. Se non che tale discordo andò, sotto un altro rapporto, sempre più dismettendo quel che l'avea reso così aspro insino ad ora. Poichè le sorgenti del nuovo dritto civile, e segnatamente le costituzioni imperiali, che seguendo una direzione molto naturale e quasi a dire necessaria, oramai si piegavano decisivamente più all' equità, eran volte a fondere insieme que' due elementi. Oltrecciò, i giuristi curavano di mostrare co' loro scritti l' intimo collegamento del *ius civile* e del *ius honorarium*, e 'l magisterio, onde l' uno concatenavasi all' altro. Finalmente gl' imperatori furono quelli (specialmente Adriano) che sotto un altro rispetto procacciarono alle disposizioni degli editti la più possibile efficacia generale per tutto l'impero.

Quest' ultimo fatto si manifestò sovrattutto dopo una grande mutazione, che fu recata e ne' prischi rapporti della città di Roma coll'Italia, e nella pubblicazione degli editti. Fino allora tutti questi editti erano rimasti distinti nella forma, benchè in fondo si avvicinassero l' un l' altro, giusta la generale tendenza del dritto romano di qnel tempo. Ma dall' età di Adriano e di Marco Aurelio questa distinzione nella forma scomparve ancor essa ; poichè Adriano divise l' Italia in due parti ; Roma e 'l suo contado, e quattro distretti. Per la città di Roma e pel suo circuito rimasero i magistrati che vi erano per lo innanzi, ciascuno nel suo posto, e solo nel suo contado fu circoscritta la giurisdizione del pretore, mentre per gli altri distretti furono nominati novelli funzionari, detti *consulares*, e poscia da Marco Aurelio *iuridici* (1). Con ciò verosimilmente si an-

(1) *Fragm. Vaticana.* §. 232.

noda un' altra riforma certo non lieve, operata per Adriano. Il quale commise a Salvio Giuliano, allora pretore designato, unisse ordinatamente, secondo certe materie, l' editto del *praetor peregrinus* a quello dell' *urbanus*, con previa revisione, col fine di tôr via molte cose già viete, e di conciliare insieme le contraddittorie. In questo lavoro furono accolte più cose buone tratte dall' *edictum provinciale*, e verosimilmente vi si aggiunse altresì l' editto edilicio novamente disaminato. E compiuto tal nuovo editto, detto per eccellenza *edictum perpetuum*, fu esso per Adriano non solo fatto esporre in Roma, ma pubblicare nelle province come un' istruzione pe' magistrati dell' ordine giudiziario; cioè per volontà dello stesso imperatore nelle province imperiali, e per un senatoconsulto, ch' ei provocò, in quelle del senato. In tal guisa l' amministrazione della giustizia fu convenevolmente semplificata per tutto l' impero, e 'l giure romano potè venire acquistando maggiore unità, ed aspetto più uniforme. Dell' editto così pubblicato si può dire con ragione che esso ebbe *legis vicem*, il che prima non avea luogo in questa misura.

A questo ragguaglio, che senza dubbio per la scarsità delle notizie non si appoggia che a congetture, non contraddice invincibilmente la circostanza di essersi fatte delle addizioni all' editto ancor dopo il lavoro di Giuliano. Essendochè poteva e doveva di presso a quegli antichi editti così ricomposti permanere al medesimo di sempre la facoltà di farne de' nuovi in futuro, così in Roma, come nelle province. E s' intende di leggieri, che da quell' ora, pel gran numero di disposizioni edittali, per la tanto mutata condizione del pretore in Roma rispetto all' Italia ed al rimanente dell' impero, in fine per la mano dell' imperatore che vie più sempre sormontava, ognor più rara divenne la pubblicazione di nuovi editti — Così questo fonte giuridico si fece a poco a poco sempre meno scaturiente, senza che si possa precisare il tempo in cui del tutto si chiuse.

Degli editti pretori e degli altri niente ci è pervenuto, salvo che frammenti, e ch' è più, per guisa indiretta, cioè per gli scritti de' classici autori, non tutti giuristi. Una raccolta delle relazioni contenute nelle Pandette di Giustiniano si trova nell' *Haubold* Inst. juris rom. ed Otto in append. pag. 11. — 29. Quasi tutti si riferiscono alla Salviana compilazione dell'editto. Una letterale restaurazione dell'editto pretorio fu tentata più volte da' nostri moderni giuristi, ma per difetto di sorgenti non si ebbero che risultamenti non affatto sicuri (1).

Et hoc non ipsi solum dicimus, verum jam pridem etiam omnium, qui inter jurisconsultos floruerunt, doctissimus Julianus id ipsum apparet dixisse — et insuper Hadrianus piae memoriae, quique praetorum annua edicta in brevem quendam coegit tractatum, optimum Julianum ad hoc assumens, in oratione, quam in publico recitavit in veteri Roma, hoc ipsum asserit, ut, si quid praeter id, quod

(1) *Guil. Ranchin* Edic. perpet. Par. 1597. *Jac. Gothofredus* ne' fontes quatuor. *Abr. Wieling* fragmenta edicti perpetui *Franequ.* 1733. 4. *de Weyhe* libri tres edicti. Cell. Lun. 1821. 4.

constitutum est, emerserit, consentaneum est, qui in magistratu sunt, id conari dirimere et remedium adhibere, secundum eorum, quae jam disposita sunt, consequentiam. Justinianus in const. *dedit nobis* (δέδωκεν) §. 18.

Et hoc non primum a nobis dictum est, sed ab antiqua descendit prosapia; quum et ipse Julianus, legum et edicti perpetui subtilissimus conditor in suis libris hoc retulit: ut si quid imperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur; et non ipse solus sed et divus Hadrianus in compositione edicti et Senatusconsulto, quod eam consecutum est, hoc apertissime definivit, ut, si quid in edicto positum non invenitur, hoc ad ejus regulas, ejusque conjecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas. Justinianus in const. *tanta* de confirm. Dig. c. 18.

§. 26.

Nuovissima forma de' Responsa prudentium e la scientifica elaborazione del dritto romano

Il dritto romano aveva già, per le ragioni testè addotte, acquistato una considerevole quantità di materiali, ed offriva eziandio in un complesso non privo di gran magistero quel che era frutto di antiche e nuove fonti di dritto non aventi una comune direzione, nè corso moderato da una medesima idea. Imperò, stante un complesso sì ampio e difficile a considerarsi a colpo d' occhio, una semplificazione di questi copiosi elementi mercè una scientifica sposizione era divenuta un bisogno incalzante del tempo. Quindi ed a questo bisogno, e ad altre cagioni non meno operative e prodotte anch' esse da' tempi, vuolsi attribuire quello scientifico fiorire in che venne il dritto Romano in sulla prima metà di questo periodo ; onde esso, in un tempo comparativamente assai corto, potè levarsi a tale eccellenza d' idea e di forma, che una simile non si è finora veduta presso verun popolo.

Con ciò tiene assai stretto riferimento la condizione affatto nuova, in cui vennero i giuristi sotto il regime imperiale. Per collegare in modo proficuo l' azione ogni dì più crescente della scienza sul progresso del dritto con i bisogni della nuova costituzione politica e del principato, Augusto conferì ad alcuni chiari giureconsulti il dritto di *respondere publice de iure*. Da quel tempo fu in uso che i *prudentes* ottenessero espressamente dall' imperatore cotesto dritto di *respondere*, e 'l conseguivano tanto più sicuramente quanto più distinti e sperimentati comparissero parte pel loro merito scientifico, parte per la loro pubblica condizione nello Stato. Non però fu agli altri giuristi, non così privilegiati negata la facoltà del *respondere* ; ma solo si formò, come naturale conseguenza di sì fatto provvedimento, una classe meramente privilegiata di quelli che aveano special facoltà di *respondere, quibus permissum erat iura condere, de iure respondere*. E furon detti *iuris auctores, conditores*, e spesso ancora, per antonomasia, *prudentes*. Non pertanto gli antichi giuristi anteriori ad Augusto ed alla sua nuova istituzione conservarono, così dopo, come prima, l' autorità di *iuris auctores*: e sotto questo rapporto furono poi e non di rado denotati col nome di *veteres*.

Quale sorta di privilegio abbia Augusto concesso sin dalle prime a cotesti giuristi officiali non è facile a dire; può solo affermarsi che i loro responsi acquistarono per questo un'importanza ed autorità non poca, come quelli che in certo modo si emettevano per delegazione e con l' autorità dell'imperatore. Sotto Adriano fu posto il principio,che gli avvisi pronunziati in materia di dritto da que' *prudentes*, ove concordassero fra loro, dovessero, col nome di *sententiae*, avere *legis vicem*, ed essere pe' giudici una norma legalmente obbligatoria nella pronunciazione delle loro sentenze. Ove poi que' giuristi portassero diverse opinioni, per guisa che l' autorità dell' uno contrabilanciasse quella dell' altro, dovere il giudice decidersi per propria cogitazione e coscienza; ma sempre sceglier uno di que'diversi avvisi, detti allora *opiniones*. Per tal modo i *responsa prudentium*, le *sententiae iurisconsultorum* presero un nuovo e quasi legislativo carattere. In ciò vuolsi vedere un germe di quel che più tardi, sotto Valentiniano III. per mezzo della così detta legge di citazione (1) ed ancor più sotto Giustiniano mercè la compilazione del suo codice delle Pandette (2) largamente si disvolse. Conseguenza naturale della maggiore importanza che conseguirono que'*responsa* fu, che essi per avere sì piena efficacia, dovessero emettersi in iscritto, in una forma rigorosamente assegnata, ed autenticarsi per mezzo di suggelli. Così questa sorgente di dritto fu ancor essa allogata da' Romani nel *ius scriptum*.

Da quell' ora i giuristi, *iuris auctores*, *conditores*, nome che bene sotto questo rapporto fu ad essi dato, cominciarono ad operare direttamente e indirettamente sul perfezionamento del dritto mercè le loro *sententiae* ed *opiniones*. Eglino, d' altra parte, non più si restrinsero a svolgere il *ius civile*, il cui cerchio si era molto ristretto in sulla fine del precedente periodo, ma si rivolsero ancora al *ius gentium*; perocchè intesero con alacrità somma ad elaborare eziandio il *ius honorarium*, massime gli editti dei pretori, siccome la più ricca sorgente che mai si avesse in quel tempo.

Ed ancor sotto un altro rapporto l' indiretto operare de' giuristi fu più che molto considerevole, benchè meno sensibile. Fin dall' età di Augusto gl' imperatori aveano avuto bisogno di accogliere presso di sè un consiglio permanente di preclari giureconsulti, *amici*, *consilium*, e dalla fine del 3° secolo detto ancora *consistorium principis*, alla cui dottina sottoponevano i non pochi e spesso difficili quesiti, che, per ragione del loro stato, erano obbligati a risolvere (3). Questo collegio o consiglio imperiale ebbe verosimilmente, sotto Adriano, con la giunta di certi funzionari, specialmente de' *Praefecti*, maggior numero di poteri, e forme processive più determinate (4). Quindi è da

(1) Vedi più sotto §. 29.

(2) Vedi §. 54.

(3) Veggansi *le Inst.* 2, 25, *de Codicillis*, *pr.* e 'l *Dig.* 37, 14, *de jure patron.* 17 *pr. fr.* ULP. — Il Trad,

(4) Si distinse il *consistorium* dall'*auditorium*; il primo era un consiglio privato per gli affari dello Stato; il secondo per i giuridici e contenziosi — *Il Trad.*

porsi che difficilmente una importante costitnzione veniva sanzionata dall' imperatore senza l' avviso di que' giuristi : ciò rende pure agevole a concepire come le costituzioni degl' imperatori poterono, in generale, riuscire non inconsulte od avventate, ma rispondenti al debito scopo intantochè ei si resero co' consigli di que' sapienti.

In istretta relazione con questa condizione pratica de' giuristi sta pure il movimento, che prese in questo tempo la scientifica elaborazione del dritto. Già, innanzi all' epoca dell' impero, alcuni giuristi aveano tentato di scrivere ora delle opere scientifiche intorno ad obbietti di dritto, ora di sostituire alla precedente istruzione, già puramente pratica, un insegnamento più ordinato e teoretico.

Al tempo di Augusto viveano due famosi giuristi, ognun de'quali richiamò a sè numero grande di scolari. Antistio Labeone, allievo di Trebazio ; Ateio Capitone, di Ofilio. Entrambi lettori di dritto, com' erano, e professanti opposte opinioni politiche, tolsero a considerare da diverse parti il diritto positivo, e nella scientifica interpetrazione delle sorgenti giuridiche non si accordavano tutti e due ad un dire. Capitone si atteneva in generale più alla lettera della legge positiva ; Labeone, schietto e libero, e perciò più celebrato, argomentava con maggior libertà e indipendenza disaminando più in là l'intima essenza delle cose (1). I loro discepoli, fortemente presi alle loro dottrine (2), trascorsero più oltre con sempre una stessa mente ed attitndine; il che produsse due scuole diverse di giuristi. I quali presero ancor nomi diversi, non però da' loro antesignani o capi, che vogliam dire,Labeone e Capitone, ma da quelli che poi ne tennero le veci ; gli uni chiamaronsi Proculeani o Pegasiani da Licinio Proculo e da Pegaso; gli altri Cassiani o Sabiniani da Cassio Longino e Massurio Sabino. Entrambe queste scuole stettero per lungo tempo l'una armata contro l' altra, e fin tanto che non fu comparso lo spirito scientifico ne'lavori di giurisprudenza vi si vide sempre le tracce delle moltiplici controversie de' fautori dell' nna e dell' altra scuola. Ma sempre fu, che si trovassero de' giuristi, i quali sdegnando di ormar quelle sette, cercarono di aprirsi non più camminati sentieri, confidenti nelle forze del proprio ingegno. E questi non formarono soltanto, come spesso si è creduto contro il vero, una terza scuola col nome di *Miscelliones* ; coteste scuole diverse non hanno per alcun modo prodotto il malo effetto d' inspirare a'loro seguaci uno spirito di sistema tntto esclusivo (3). Anzi, le materie giuridiche vennero per esse elaborate con miglior senno e per ogni verso ; poi, nel decorso de' tempi, tutte quelle varie

---

(1) Vedi i ragguagli che ne dà TACITO (*Annali*, III, §. 75) e POMPONIO (*Dig.* I, 2, §. 47. — *Il Trad.*

(2) Gaio, sabiniano, si riferisce spesso a' *nostri praeceptores, nostrae scholae auctores*, e per contrario indica i Proculeani con la frase: *diversae scholae auctores*. DIRKSEN Beiträge zur Kunde des röm. Rechts. Abth. 1.

(3) Questa terza scuola, detta degli *Herciscundi* o *Miscelliones* non fu primamente creduta che dai Cujacio. — *Il Trad.*

opinioni si contemperarono gradatamente e divennero insieme non più che una cosa.

Tutto questo si mostrò non pur nell'insegnamento orale, ma nelle molte opere, che furono scritte a quel tempo. Vero è che tutte ebbero una direzione veramente pratica, ma differenziavano nella loro intima tendenza e nella forma esteriore. Alcune non erano altro che brevi guide, avviamenti, epitomi, sotto il titolo d'*institutiones, libri institutionum*, come per es. son quelli di Elio Marciano, di Gaio, di Paolo, o sotto quello di *elementa, definitiones, libri definitionum*, come son quelli di Papiniano, ovvero sotto il nome di *regulae, libri regularum*, come que' di Ulpiano e di Paolo; altre erano molto più vaste, più comprensive, con cui si scendeva insino a' particolari; *libri iuris civilis, digesta*. Talvolta que' giuristi seguivano sovrattutto per lo svolgimento de' principî elementari un metodo meramente scientifico; tal altra, e come pare, assai spesso, si attenevano all' ordine delle materie già adoperato nell' editto pretorio, come quello che per la parte pratica del dritto dovea parere più accomodato e migliore. Talora facevano de' comentarî su tutta una sorgente di dritto, verbigrazia, sullo editto, come *i libri ad edictum* di Sabino, di Gaio, di Ulpiano, di Paolo, o sulle XII tavole, come son quelli di Labeone e di Gaio; ora simiglianti spiegazioni di qualche legge, per es. della *lex Julia et Papia Poppaea* di Marcello, di Ulpiano, di Paolo; ora commentarî od annotazioni a qualche opera di antico giurista, come sono le *notae ad Marcellum, Sabinum, Papinianum* di Sesto Pomponio, di Ulpiano, di Paolo. Alle volte si estendevano a tutto il sistema del dritto privato, o restringevansi a singole dottrine, scrivendo monografie; esempigrazia, *de actionibus, de appellationibus*. Ora contenevano riviste e risoluzioni di controversie, decisioni sovra singoli casi di dritto; ora dissertazioni concernenti a svariate materie. A tutte queste varietà di scritture si rapportano i nomi e i titoli che seguono: *libri opinionum, variarum lectionum, responsorum, quaestionum, disputationum, enchiridia* etc. di cui molte sono di natura assai generale, e non si limitano ad un genere determinato di opere. Quel che rende assai pregevoli tutti questi scritti si è quel senso filosofico giuridico così squisito che costantemente vi si trova. Non ostante la grande acutezza, con la quale gli autori discernevano e penetravano bene addentro in tutte le parti di un principio giuridico, non ostante il rigor logico, con cui sanno analizzare il generale e dedurre da un' idea prima ciò che per idonea maniera può derivarne, il pratico e sano lor senno li premunisce da ogni sottilità ed astruseria che abbia del pedantesco.

In questa altezza di scientifica complessione si mantenne il dritto romano poco più oltre al tempo di Alessandro Severo, o tutto al più, sino a Diocleziano. Poichè da quell' ora la barbarie, che già per effetto del politico cadimento si era manifestata nelle altre parti della vita de' Romani, cominciò a pigliar piede ed avvanzarsi eziandio nel campo del dritto. Quindi, per turbata e irretrosita la virtù intellettuale dei giureconsulti, ogni moto scientifico cessò, ogni lume di studî si spense.

De' tanti scritti giuridici di que' bei giorni della romana giureprudenza pochissimi ne sono a noi pervenuti nell' originale loro forma. I più importanti sono i seguenti : di Domizio Ulpiano un frammento, che probabilmente appartiene al suo *liber singularis regularum* o come si legge nel manoscritto vaticano : *tituli ex corpore Ulpiani*, ed oggidì d' ordinario indicato con le parole : *Ulpiani fragmenta* (1). Bisogna aggiungervi i frammenti delle istituzioni di Ulpiano, che di recente sono stati scoverti in Vienna (2). Inoltre i così detti *institutionum quatuor commentari* di Gaio, che non è molto (nel 1816) furono scoverti in Verona dal Niebuhr in un codice rescritto (*palinsesto*) (3). Del rimanente, questi commentari di Gaio non vogliosi confondere con le istituzioni dello stesso Gaio, che si sono conservate in una forma non poco alterata per opra de' Goti d'Occidente, e che formano una parte della loro occidentale e gotica *Lex romana*.

Meno importanti sono gli scritti del giurista Volusio Meciano intitolati : *assis distributio* etc. ; quelli di un autore sconosciuto, il così detto *fragmentum de iure fisci*, che fu rinvenuto insiem con Gaio, e non pochi altri frammenti di giuristi anche in parte ignoti, i quali son riuniti nel *corpus iuris rom. antei*. edito in Bonn.

Le altre opere giuridiche non si conoscono che rifatte e riformate ; per es. le *recepta sententiae* di Giulio Paolo sol nel modo onde le ritoccò l' autor visigoto del *breviarium Alaricianum*, o da' riassunti, che più tardi se ne fecero, specialmente nelle Pandette di Giustiniano.

Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est, jura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem oblinet; si vero dissentiunt, judici licet, quam velit sententiam sequi. Idque rescripto Divi Hadriani significatur. Gai. *Comm. I*. §. 7.

Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, qnibus permissum erat, de jure respondere. Nam antiquitus constitutum erat, ut essent, qui iura publice interpretarentur, quibus a Caesare ius respondendi datnm est, qui jurisconsulti appellabantur. Quorum omnium sententiae, et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut iudici recedere a responsis non liceret: ut est constitutum. §. *8. Inst. I. 2. de jur. nat.*

Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant. Neque responsa utique signata dabant, sed plerumque judicibus ipsi scribebant, aut testabantur, qui illos consulebant. Primus divns Augustus, ut maior iuris autoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent, et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. Et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis, hoc non peti, sed praestari solere, et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se, populo ad respondendum se praepararet. Pompon. *in fr. 2. §. 47. D. 1. 2. de orig. jur.*

---

(1) Le migliori edizioni critiche sono quelle di Hugo — (Berol. 1834. 8.) e di E. Böcking (Bonn. 1836. 12.), e ultimam. Lips. 1855.

(2) Endlicher, *de Ulpiani institutionum fragmento*. (Vindob. 1835. 8.)

(3) Dapprima pubblicati da Göschen (Berlino, 1820 e 1824). Poscia insieme con le istituzioni di Giustiniano da Klenze e Böching (Berl. 1829), come anche da Heffter (Bonn. 1830), da Lachmann (Bonn. 1841. 8.). il quale (Berlin. 1842) curò eziandio la 3. edizione del Göschen. In ultimo da Böking Lips. 1856.

PERIODO QUARTO.

DA COSTANTINO FINO A GIUSTINIANO

§. 27.

Cangiamenti politici nell' impero Romano

Il regno di Costantino è notevole ancor esso per non pochi avvenimenti politici, da cui dipese momento di cose importanti per la condizione del dritto. Imperocchè al tempo di lui fu posto il fondamento a nuove e svariate istituzioni nello Stato romano, le più delle quali date invero con lodevole intenzione, richieste ancora da' tempi di decadenza, tornarono benefiche ed efficaci nelle loro conseguenze; però in ultimo, nelle loro ulteriori direzioni, a dì de' successori di Costantino, produssero il più assoluto arbitrio nel governare.

Innanzi tratto, è mestieri rilevare la separazione delle due potestà, civile e militare, che insino ad ora erano state indivise. Con ciò si connette l' introduzione di una ordinata gerarchia di funzionari civili militari e palatini (*Hofämter*), e delle distinzioni di gradi, *dignitates*, co' loro numerosi uffici personali, *officia*.

I figli di Costantino posero dappoi il fondamento alla non tarda e compiuta divisione dell' impero in due parti, occidentale ed orientale, con due diverse metropoli, Roma e Costantinopoli. Certo entrambi questi due imperi romani stettero lungo tempo congiunti tra loro per alcune politiche istituzioni. Ma da Valentiniano III, i popoli di razza germanica cominciarono a gittarsi sull' impero di Roma occidentale, ed a conquistare l' una dopo l' altra le varie parti di essa. Divenuto poscia un mero giuoco de' conquistatori, finì insiem con loro nell' anno 467 dell'era comune, perdendone financo il nome. Così Roma e l' Italia, la terra natia del dritto romano, furono divise dall'impero greco romano, che ancora esisteva in oriente. Quindi codesto dritto, rimenato in un paese già greco nelle principali sue parti, dovette di necessità farsi straniero sempre più al popolo per ragion della lingua delle sue sorgenti, e perdere eziandio una gran parte del suo proprio carattere che tanto si collegava collo spirito della nazione e con la lingua.

Sotto un altro rispetto oprò molto efficacemente la circostanza, che la religione Cristiana fu resa da Costantino religione dello Stato. Onde che per la vita politica e giuridica fu introdotto un nuovo elemento, spesso non abbastanza estimato.

§. 28.

Stato del dritto e delle sue sorgenti in generale.

Il dritto romano, che già venia di prospero in cattivo stato verso la fine del precedente periodo, partecipava ancor esso sempre più

sensibilmente le condizioni della cadente civiltà generale, frutto precipuo del dispotismo. La confusione che indi derivò nella giurisprudenza si scorge assai chiaramente sol che si guardi a' fonti giuridici che allora esistevano, ed alle difficoltà che contendeano la proficuità e l' uso di essi.

Delle antiche sorgenti del dritto, nessuna, a dir vero, era fuori d' uso, nel senso cioè che i loro anteriori risultamenti conservavano sempre una utilità pratica ; ma le più d' esse (e le più copiose) non iscaturivano più da lungo tempo. Quindi non più *edicta magistratuum;* perocchè que' *magistratus iuri dicundo*, la cui condizione erasi cangiata, e che da gran tempo non erano più *magistratus populi*, ma sì i ministri *imperiali*, ricevevano le loro istruzioni immediatamente dal gabinetto dell' imperatore. L' ufficio principale del pretore, destinato a determinare i rapporti del *ius strictum* col *ius aequum*, era stato tolto formalmente da Costantino a'magistrati che applicavano il dritto. Poichè si era per lui ordinato, che in tutte le cause, nelle quali sorgesse un dubbio intorno a' confini della *interpretatio* e sulla quistione di sapere sino a qual punto si potesse, per motivi di equità, non seguire il *ius strictum*, il giudice non dovesse decidere, non usare altrimenti il proprio discorso, ma consultarne subito l' imperatore.

Così disparvero benanche i *responsa prudentium;* poichè sebbene v' ebbero sempre de' *prudentes*, in un certo senso, tuttavolta la loro antica azione, con la sua benefica influenza sul progresso del dritto, era in gran parte cessata. Non potevasi parlar più, atteso lo stato in che era allora la giurisprudenza, di vere investigazioni scientifiche e indipendenti, e di perfezionamento di dritto per mezzo di scritti e di dottrina, e'l *respondere* in quella guisa da noi più sopra descritta, era a questi tempi facoltà esclusiva dello stesso imperatore sotto la forma di rescritti e di decreti.

Il cerchio d' azione delle costituzioni imperiali si allargò tanto più naturalmente e necessariamente, inquantochè oramai solo l' imperatore potea senza dubbio svolgere più oltre ed in ogni parte il dritto per mezzo del *ius scriptum*. Soltanto alcuni ufficiali dipendenti al tutto da lui, segnatamente i *praefecti praetorio*, potevano dar fuori provvedimenti simiglianti a leggi ; però con una duplice limitazione. Sendochè nè si poteva per tal guisa innovare una costituzione imperiale qual che si fosse, nè coteste ordinanze volute solo da'prefetti potevano aver generale efficacia, salvo che nelle loro prefetture. Quindi da Costantino in poi le costituzioni presero sempre più il carattere di vere *leges edictales*, mentrecchè pria le si emettevano piuttosto in forma di rescritti — Uopo è pur notare, che da quest' ora le imperiali costituzioni testimoniano la decadenza del dritto così con la scorretta e prolissa compilazione, come per le loro disposizioni non di rado assaissimo arbitrarie.

Che un dritto consuetudinario continuò a formarsi di presso a queste costituzioni, non è cosa da porre in dubbio. Ma ei pare ch' esso abbia avuto piuttosto un carattere di usi provinciali e locali, stan-

techè mancava intieramente di una propria vita nel popolo; mancavagli un centro.

Del resto, le politiche condizioni dell' impero a que' tempi, furon cagione che il dritto romano successivamente perdesse quel carattere nazionale che già l' avea distinto a sì grandi note, e che si manifestasse una certa tendenza sempre più preponderante al generale, e ancor più arrendevole e propensa per tutte le nazionalità; la quale inclinazione erasi cominciata a vedere con l' introduzione del *ius gentium* nel dritto positivo. Ed appunto questa nuova direzione delle sorgenti del dritto scritto traeva seco il bisogno di speciali consuetudini ne' singoli distretti e provincie, ove i particolari rapporti le fan parere necessarie. Per verità, di queste consuetudini noi non abbiamo sufficiente notizia per cagione ch'esse non furono compilate nè inserte ne' libri di dritto.

Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet, et licet inspicere. Costantinus *in c. 1. C. 1. 14 de legib.*

In praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solo dignum imperio esse oportet. Justinianus *in c. 12. C. eod.*

§. 29.

La così detta legge di citazione sanzionata da Valentiniano III.

Oltre le costituzioni imperiali, precipuo fonte del dritto nuovissimo, erano ancor vive, almen di nome, tutte le antiche sorgenti giuridiche, le *leges duodecim tabularum*, le *leges populi*, i *plebiscita*, i *senatusconsulta*, gli *edicta magistratuum etc.* Ma da gran tempo si era perduto l' abito di attingere direttamente a queste sorgenti. Non le si adoperavano che mediatamente in quella elaborazione e in quella semplice forma, che aveano ricevuta negli scritti degli antichi *iurisconsulti* scientificamente educati. Se non che non ostante siffatta elaborazione i giudici di que' tempi non poteano signoreggiare, generalmente parlando, una quantità sì sterminata di leggi, e comprenderne lo spirito.

La precipua difficoltà, con cui lottavano nell' amministrazione della giustizia consisteva nella gran mole di opere giuridiche, delle quali doveano avvalersi per rinvenire, cosa malagevole, la parte vigente del dritto, e più nelle molte controversie e negli opposti opinari che si trovavano negli scritti di quegli antichi giureconsulti. — Medesimamente i giudici doveano, per disposizione di Adriano, prescegliere tra queste diverse opinioni, *opiniones*, ed appigliarsi all'una di esse con convinzione motivata. (V. § 26.). Ma eglino, per giudicare da sè in siffatto esame, spento in essi ogni senso scientifico, non aveano forze proprie bastanti. Il perchè aspiravano ad avere un numero determinato di autorità per invocarle al bisogno, e così disonerarsi di quel troppo di tante incumbenze per venire in una propria

convinzione. Ei sembra che Costantino abbia concepito il pensiero di provvedere a questi bisogni, certo non poco incalzanti a quel tempo, per mezzo di alcune collezioni giuridiche. Ma il modo ch' ei volle tenere, e il dove intese giugnere nell' esecuzione del suo pensiero son cose per noi dubbie, stantechè abbiam penuria di opportuni documenti (1).

Teodosio II e Valentiniano III fecero di gran passi per questa meta col mezzo di quella costituzione del 426, e che al presente suolsi tra noi chiamare *legge di citazione (Citirgesetz)*. Quest' essa mirò ad estendere e compire il provvedimento di Adriano a fin di non lasciare nella pratica uno spazio assai vasto alle giuridiche disputazioni. Fu statuito che tutte le opere giuridiche, *scripta universa*, de' cinque giureconsulti del precedente periodo, Emilio Papiniano, Giulio Paolo, Gaio, Domizio Ulpiano ed Erennio Modestino dovessero formalmente aver forza di legge. Per contrario, gli scritti, *tractatus*, *sententiae*, degli altri giureconsulti, non osservarsi se non quando fossero citati nelle opere de' cinque su detti scrittori : che i soli scritti di que' giuristi, che potevano in parte essere rimasti alterati dal tempo, fossero riveduti innanzi tutto col confronto de' manoscritti sotto il rapporto del loro testo ed anche dell' autenticità, secondo le circostanze ; che infine ove cotesti giuristi, aventi autorità legislativa, andassero in diverse sentenze, la maggioranza de' voti decidesse ; nella parità, Papiniano ; e solo ove questi non dicesse alcun che sulla quistione, potere il giudice per sè stesso disaminarla, ed appigliarsi, motivando, all' opinione che gli sarebbe paruta più consona al vero.

Papinianl, Pauli, Gail, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus, ita ut Gaium, quae Paulum, Ulpianum et cunctos comitetur auctoritas, lectionesque ex omni ejus opere recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Juliani, atque Marcelli, omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur. Ubi autem dlversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel si numerus acqualis sit, ejus partis praecedat austoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Paull atque Ulpiani in Papiniani corpus factas (sicut dudum statutum est) praecipimus infirmari. Ubi autem pares eorum sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quod sequi debeat, eligat moderatio judicantis. Pauli quoque sententlas semper valere praecipimus—THEOD. *et* VALENTIN. *in c. un. Cod. Theod. 1, 4 de respons. prud.*

§ 30

I Codices constitutionum.

Egli era più facile sopperire ad un altro bisogno del tempo, causato dalla difficoltà di conoscere la gran copia di tutte le sparse impe-

(1) Le due costituzioni non ha guari scoverte c. 1. e c. 2. Cod. Theod, l. 4 *de responsis prudent.* son relative a questo progetto, ma non ne fanno comprendere tutta la idea.

riali costituzioni che contenevano il nuovo dritto civile, e che in gran parte non erano state mai pubblicate. A tal uopo si offeriva naturalmente l' idea di farne raccolte, *codices constitutionum*. Dapprima vi si provvide con private collezioni, tra le quali la più usuale, se pur non unica, fu qnella che curò un uomo incognito a noi, per nome Gregoriano. Questo *Gregorianus codex* detto pure *Corpus Gregoriani*, e la cui data non è facile a precisare, ma in niun caso può essere anteriore al principio del IV secolo, non altro conteneva nella maggior parte, che rescritti editi dall' età di Settimio Severo sino a Diocleziano e Massimiano. A questa raccolta conseguita una seconda di Ermogeniano, *Hermogenianus Codex*, detto ancora *corpus Hermogeniani*, edita in un tempo non bene determinato; tuttavia, come pare, non prima della metà del IV secolo. Essa contiene, come supplimento a quel codice Gregoriano, più costituzioni, specialmente degl' imperatori Diocleziano e Massimiano (1). Più in là Teodosio II. ordinò una nuova collezione officiale di costituzioni, che fu pubblicata nel 438 dell' era volgare. Questo *Theodosianus Codex* è più compiuto de' due menzionati di sopra; pure non fu destinato a comprendere in sè tutte le costituzioni imperiali, ma solo a compiere la raccolta Gregoriana ed Ermogeniana che perciò rimasero anche in uso. Ed in vero, considerato il suo disegno, risale per ordine cronologico sino a Costantino, e non contiene in gran parte che Editti. Esso è diviso in sedici libri, che si ripartiscono in titoli, e si è conservato, non però con tutte intere le sue parti, sino a' dì nostri (2). Le costituzioni emanate dopo la pubblicazione del Codice Teodosiano e che non poteronsi perciò in esso inserire, presero il nome di *novellae constitutiones* (3).

Anche di esse, sovrattutto delle novelle di Teodosio stesso, di Valentiniano III, di Marziano, Majorano, Severo ed Antemio si fecero più tardi speciali raccolte. Le si trovano, quelle almeno che oggi si hanno, nell' edizioni del Codice Teodosiano.

Non si sa bene qual connessione abbia propriamente con simili raccolte quella che non ha guari si è rinvenuta in un *Codex rescriptus* della biblioteca Vaticana, e che oggi è conosciuta sotto il nome di *fragmenta vaticana* (4). Essa verosimilmente risale alla prima metà

---

(1) Questi due codici si trovano in Schulting, *Jurispr. vet.antej*, p. 683-718 — e nel *jus civile antej*. pubblicato in Berlino per Hugo t. I. p. 265 e segg. La migliore e più nuova edizione è quella di G. Haenel Bonn. 1837 nella 2. parte del *Corpus Juris civilis antej*. di Bonn.

(2) È notevole la edizione non senza di un ottimo commentario fatta da G. Gotofredo, poscia migliorata ed accresciuta da Daniele Ritter. Lips. 1736-1743 in fol. tom. I. — VI. Il Codice Teodosiano trovasi pure nella ediz. Berlinese del dritto antigiust. tom. I. p. 175 seg. Una nuova ed accurata ediz. è quella di G. Hänel nel *Corp. jur. antej*. di Bonn. 1842.

(3) Ediz. di Hänel — Bonn. 1844.

(4) Pubblicate da Bucholz. Conisb. 1828, e da Bethmann Hollveg. Bonn. v — 1833, 8, anche nella prefata ediz. del *Corp. jur. civ. antej*.

del V secolo; e contiene de' frammenti così d'opere giuridiche appartenenti a Papiniano, Paolo ed Ulpiano, come di costituzioni imperiali sino a Valentiniano, Valente e Graziano; epperò pare siasi fatta col fine di collegare queste due principali sorgenti del dritto romano di quel tempo.

Ad similitudinem Gregoriani atque Hermogeniani codicis cunctas colligi constitutiones decernimus, quas Constantinus inclytus et post eum divi principes nosque tulimus, edictorum viribus aut sacra generalitate subnixas. — *Const. 5. Cod. Theod. I, 1 de const. princip.*

§. 31.

Scritti giuridici d' altro genere.

Anche alcuni scritti comparsi nel V secolo, o in sull'ingresso del VI essendo poco men che importanti, se non per altro, per la giurisprudenza romana di quel tempo, meritano di essere quì mentovati. 1° La *Notitia dignitatum utriusque imperii*, ch' è un lavoro di molta proficuità per conoscere la costituzione dell' impero greco romano di quel tempo, ed in cui rinviensi la geografica sposizione del territorio dell' impero, e 'l novero degli uffiziali civili e militari nello Stato romano (1). 2° La *consultatio de pactis veteris jurisconsulti*, ch' è una raccolta di molti precetti giuridici intorno a' patti compilata per un ignoto giurista (2). 3° La *collatio legum mosaicarum et romanarum*, esposizione comparativa del dritto romano e del mosaico in 16 titoli; nè sappiamo chi ne fu l' autore (3). 4,° Finalmente tre libri di Giovanni Lydus: περί ἀρχων της Ρωμαίων πολιτειας (4).

§. 32.

Regno di Giustiniano, e suo disegno di una compiuta riforma della Giurisprudenza.

Il dritto romano restò nella su cennata condizione per buono spazio di tempo sino all' imperatore Giustiniano, Flavius Justinianus, mentre l' impero stesso ruinava sempre più così dentro come fuora.

Il lungo regno di Giustiniano (5) che perdurò dall'anno 527 sino al 565 dell'era nostra, e che sotto altri politici rapporti è pure impor-

---

(1) La più nuova ediz. accurata è quella di *Bocking.* — Bonn. 1839.
(2) La più recente ediz. è quella di *Puggè* — Bonn. 1835.
(3) Vedi la novissima ediz. di *Blume* — Bonn. 1833.
(4) Ediz. di *Fuss.* Parigi, 1812 e di *Imm. Becker* — Bonn. 1837.
(5) Una particolareggiata biografia di questo imperatore fu pubblicata da I. P. de Ludevvig, *Vita Justiniani Magni atque Theodorae, nec non Triboniani.* Hal. 1731. 4.

tante, poichè fu dato a lui di assicurar l' impero al di fuori, almeno in qualche modo, per mezzo di gagliardi provvedimenti, viene in specialità contrassegnato per la totale e grave riforma, alla quale ei sottopose tutta quanta la condizione del dritto. Non solo ei fece con un gran numero di costituzioni molti cangiamenti di alcun rilievo ne' singoli istituti di dritto, ma pur non senza efficacia condusse a termine il disegno (ideato, come pare, da Teodosio II), di ridurre ed esaurire tutte le materie del dritto in poche raccolte meno voluminose e più comprensive.

Così tutto il savio concepimento di cotesto disegno, su cui ci porgono una ragguagliata notizia le ordinanze relative alla pubblicazione d' ogni singola raccolta di dritto, e 'l modo assennato che si tenne nella sua esecuzione, manifestano una non ordinaria avvedutezza, ed una esatta estimazione de' bisogni di que' tempi. E sebbene, sotto un altro rapporto, le raccolte di Giustiniano non siano senza difetti, non le si possono mai ben giudicare se non si tocchino storicamente le condizioni di quel secolo, le sue necessità e le sue forze.

Chi volesse per tal modo intendere quanto d' utile oprò Giustiniano con le sue raccolte, dovrebbe, non preoccupato, ragguagliarle anzi tutto con altre compilazioni di dritto romano, che quasi al tempo stesso, al principio del VI secolo dell' era volgare, fecero i romani viventi sotto l' imperio de' popoli di origine germanica. Ogni raccolta di simil fatta dicevasi allora *Lex romana* per distinguerla da' libri di dritto proprio delle razze germaniche, dalle *leges barbarorum*. Tale si è per gli Ostrogoti, sotto Teodorico, il così detto *edictum Theodorici regis (Ostrogotorum)* in 154 capitoli, oltre del prologo e l' epilogo, (l' anno 500 dell' era comune). Pei Visigoti sotto Alarico II. la *lex romana Visigothorum* (l' anno 606 dell' e. v.) Il nome di *Breviarium Alaricianum*, *s. Aniani*, o *Breviarium* senza più, non fu dato che dal XVI secolo. In ultimo, presso i Burgognoni, la *lex romana Burgundionum* composta di 47 titoli, e comparsa tra il 517 e 'l 534 dell' e.v. Il nome poi di *Papiani responsorum liber*, messo in uso dal tempo di Cuiacio, poggia su di un errore. Tutte queste raccolte di dritto romano (1), tanto sotto il rapporto del disegno, quanto sotto quello dell'esecuzione non reggono al paragone colle pregevoli collezioni pubblicate nell' impero greco-romano.

A dir breve, Giustiniano ebbe in mira di compendiare, quanto più si potea, per mezzo di due grandi raccolte compiute, *codices*, l'una per l'antico dritto che era usabile ed esposto nelle opere de' giuristi, l' altra pel dritto statuito dalle costituzioni imperiali, le materie del dritto esistente, molto copiose, epperò difficili ad averle tutte sot-

---

(1) Le si trovano nella *Jurispr. vet. antej. di Schulting*, pag. 827 e seg. e nel *Jus civ. antej.* di Berlino tom. II. p. 1499 e seq. Una particolare ediz. dell' *Edictum Theod.* fu fatta da G. F. Rhon, in Halle, 1816 in 4, e un'altra della *lex Burgundionum* da A. F. Barkovv, in Greifswalde nel 1826 in 8. La nuovissima edizione separata della *lex romana* è quella del 1849 per cura di G. Hänel.

l' occhio, e di agevolare al giudice la pratica applicazione di entrambe le raccolte mercè di un' accurata segregazione di tutto che era antiquato, conciliando eziandio molte contraddizioni che s' incontravano in coteste materie. A preparare e compilar questi codici egli istituì speciali commissioni legislative composte di uomini adusati al maneggio degli affari, di teoretici, e di professori di dritto — *tam ex facundissimis antecessoribus, quam ex viris disertissimis togatis fori amplissimae sedis* — acciò per mezzo di tale comunione, la teorica e la pratica si coadiuvassero scambievolmente; nè omise di dar loro istruzioni saviissime. Quegli che vi lavorò più di tutti fu Triboniano, solennissimo in giure a que' tempi, ed uno de' primi ministri dell' impero. Ei forse fu il primo che ideò la riforma legislativa cui diè opera Giustiniano.

Homines etenim, qui antea lites agebant, licet multae leges fuerant positae, tamen ex paucis lites perferebant, vel propter inopiam librorum, quos comparare eis impossibile erat, vel propter ipsam inscitiam, et voluntate judicum magis, quam legitima auctoritate lites dirimebantur. Justinian. c. 2. §. 17. C. 1, 17. *de vetere jure enucleando.*

§. 33.

Della formazione del Codex Constitutionum in particolare.

Giustiniano cominciò la sua riforma ponendo mano alla parte più facile, a quella che si trovava già elaborata ne'primi saggi di tal fatta, del *Codex Gregorianus, Hermogenianus* e *Theodosianus.* Questa parte fu il *codex constitutionum*, raccolta di tutte quante le costituzioni imperiali. Vi si dovea raccogliere, non facendosi veruna differenza tra i rescritti, gli editti e le altre diverse forme, tutte le vigenti costituzioni imperiali così antiche come recenti, riunite o no sino a quell' ora; sovratutto doveansi rendere inutili e porre fuor d' uso le già esistenti prime collezioni, come i codici gregoriano, ermogeniano e teodosiano, oltre le posteriori raccolte di novelle. La commissione che a questo fine fu istituita nell' anno 528 dell' era volgare, si compose di dieci persone, tra le quali contavansi Triboniano e Teofilo. Ad essa presedette Giovanni, *exquaestor sacri palatii.* Ebbe poteri incircoscritti; poteva, al bisogno, far puranco dei cangiamenti per mettere ogni cosa in pieno accordo. Nel seguente anno (529) il lavoro già era compiuto ; e fu pubblicato in modo da doversi porre in osservanza da' 16 aprile di quel medesimo anno.

Pertanto, questo codice di costituzioni non rimase in uso per molto tempo. Poichè, scorsi pochi anni, e pubblicatesi altre collezioni destinate ad essere come un complemento al codice su detto, cioè le pandette, e le istituzioni, Giustiniano istituì nel 534 una nuova commissione di quattro giureconsulti,Doroteo, Menna, Constantino e Giovanni, sotto la direzione di Triboniano, con incarico di rivedere un'altra volta il codice delle costituzioni. Doveano sovrattutto intromettervi le moltiplici costituzioni emanate da Giustiniano dal 529, *novellae constitutiones*, e concordar meglio il codice colle pandette. Le più notevoli

costituzioni sono le così dette *quinquaginta decisiones*, colle quali Giustiniano avea risoluto una serie di pratiche controversie degli antichi giuristi, che si erano incontrate non senza impacci nel raccogliere l'antico diritto romano. Le più di esse furon date negli anni 529 e 530, e dapprima formarono una propria e indipendente raccolta, *Liber quinquaginta decisionum*, la quale, per ragioni facilmente intendevoli, non si è, come tale, conservata. Si volle ancora che tutte le suddette controversie fossero messe d' accordo colle varie vedute de' Proculeani e de'Sabiniani: ma ciò non è vero che per alcune. Questo nuovo codice, detto, per ragion della sua revisione, *Codex repetitae praelectionis* ed anche per distinguerlo dal *vetus codex*, fu ancora nel medesimo anno (534) compiuto e pubblicato.

Già al tempo della pubblicazione del primo codice delle costituzioni era stato severamente proibito di far uso nel foro di tutte le altre precedenti raccolte di costituzioni; chè, ad evitare qualsivoglia confusione, dovea valere soltanto la nuova compilazione. Per questa medesima ragione, pubblicatosi il *Codex repetitae praelectionis*, l' antica edizione non più fu voluta riconoscere, ed ecco perchè la non pervenne insino a noi.

Il codice delle costituzioni, quanto alla interna sua forma ed alla distribuzione delle materie, si divide in 12 libri, ogni libro in titoli, ed ogni titolo si compone di un numero più o meno grande di costituzioni inperiali, di cui la più antica è di Adriano, alcune intiere, altre mutilate; disposte però con ordine cronologico. In questa forma le singole dottrine sono trattate per materie, e con quell'ordine, che allora doveva essere familiarissimo a' pratici, l' ordine cioè dell' editto pretorio, i cui principî direttivi e l' intima coerenza non si possono sempre indicare per noi. Ogni constituzione porta al principio il nome dell' imperatore, che la fece, e quello di coloro, a cui fu indirizzata come rescritto, o come istruzione ufficiale, ovvero come editto per farne la pubblicazione, *inscriptio*. In fine vi è sempre posta la indicazione del luogo, il *Datum*, e dell'anno, *subscriptio*. La divisione oggi ordinaria delle costituzioni di grande estensione in un *principium* ed in paragrafi numerati è di origine posteriore.

Quel che si dee notare come un semplice fallo di compilazione, cosa facile ad intendere per essersi in più tempi e divisamente formati i codici di Giustiniano, è, che nel nuovo codice si pertermisero alcune costituzioni, le quali non solo eran parte del codice più antico, ma, ch' è più, nelle istituzioni ad esse si rinvia come se stessero nel codice.

Haec quae necessario corrigenda esse multis retro principibus visa sunt, interea tamen nullus eorum ad effectum ducere ausus est, in praesenti rebus donare communibus auxilio Dei omnipotentis censuimus, et prolixitatem litium amputare; multitudine quidem constitutionum, quae tribus codicibus, Gregoriano, Hermogeniano atque Theodosiano, continebantur, illarum etiam, quae post eosdem codices a Thodosio divinae recordationis, aliisque post eum retro principibus et a nostra etiam clementia positae sunt, resecanda, uno autem codice sub

felici nostri numinis vocabulo componendo, in quem colligi tam memoratorum trium codicum, quam novellas post eos positas constitutiones oportet.

Ideoque ad hoc — opus efficiendum eligimus — Joannem — Leontium Phocham, Basilidem — Thomam, Tribonianum, Constantinum, Theopbilum Dioscorum, et Praesentium. Quibus specialiter permisimus, resecatis tam supervacuis, quantum ad legum soliditatem pertinet, praefationibus, quam similibus et contrariis, praeterquam si juris aliqua divisione adjuventur, illis etiam, quae in desuetudinem abierunt, certas et brevi sermone conscriptas, ex iisdem tribus codicibus et novellis constitutionibus leges componere et congruis titulis subdere, adjicientes quidem et detrahentes, immo et mutantes verba earum, ubi hoc rei commoditas exigeret; colligentes vero in unam sanctionem, quae in variis constitutionibus dispersa sunt, et sensum earum clariorem efficientes, ita tamen, ut ordo temporum earum constitutionum non solum ex adjectis diebus consulibusque, sed etiam ex ipsa compositione earum clarescat — nullaque dubietate super generali earum robore ex hoc oriunda, sicut et illas vim generalis constitutionis obtinere palam est, quae ad certas personas rescriptae, vel per pragmaticam sanctionem ab initio datae, eidem novo codici propter utilitatem sanctionis insertae fuerunt. Justinianus *in const.* Haec quae necessario, *De novo codice faciendo*.

Postea vero, quum vetus jus considerandum recepimus, tam 50 decisiones fecimus, quam alias ad commodum propositi operis pertinentes plurimas constitutiones promulgavimus, quibus maximus antiquarum legum articulus emendatus et coarctatus est.

Quum novellae nostrae, tam decisiones, quam constitutiones, quae post nostri codicis confectionem latae sunt, extra corpus ejusdem codicis divagabantur, et nostram providentiam nostrumque consilium exigere videbantur, quippe quum earum quaedam ex emersis postea factis aliquam meliorem consilio permutationem, vel emendationem desiderabant, necessarium nobis visum est — easdem constitutiones nostras decerpere et in singula discretas capitula, et perfectarum constitutionum soliditatem competentibus supponere titulis et prioribus constitutionibus eas aggregare — Justinianus *in const. Cordi, de emendat. cod.* §. *2.*

Quum nemini venit in dubium, quod repetita praelectio probavit, hoc satis validum satisque esse formosum. In antiquis enim libris non solum primas editiones, sed etiam secundas, quas repetitas praelectiones veteres nominabant, subsecutas esse invenimus, quod ex libris Ulpiani, viri prudentissimi, ad Sabinum scriptis promptum erat quaerentibus reperire — Justinianus. *eod.* §. *3.*

§. 34.

La compilazione delle Pandette.

L' altra grande opera che vien seconda nel progetto di Giustiniano sono le Pandette, le quali dovevano rannodarsi al codice delle costituzioni come ricompimento, nè con altra qualità, salvo che con quella di una raccolta dell' antico dritto, contenuto nelle molte opere sì grandi che piccole de' giuristi già vissuti a' bei giorni della romana giureprudenza ; però solo di quelle parti di esso che erano ancora in vigore, e che pareano provvedessero a' bisogni del tempo.

Al qual fine, Triboniano ebbe il carico (nel 530) d' istituire una nuova commissione legislativa, composta di 16 giureconsulti per lui stesso prescelti e presieduti. I lor nomi son questi : *Constantinus, Dorotheus, Theophilus, Anatolius, Cratinus, Stephanus, Menna, Prosdocius, Eutolmius, Timotheus, Leonidas, Leontius, Plato, Jacobus,*

Constantinus,Joannes. Codesta commissione avea da sciogliere un problema assai più difficile che non fu quello già rincontrato nella raccolta delle costituzioni; tanto più che non essendosi mai fatto insino allora un lavoro di tal sorta, mancava un modello da imitare. Vero è che l' idea di voler conferire formalmente forza di legge agli antichi scritti giuridici non era nuova, chè già la si era in parte attuata mercè la così detta *legge di citazione* di Valentiniano III. (1), ma il pensiero di Giustiniano, sotto più rapporti, procedeva molto più oltre. Imperocchè, conforme i suoi voleri, non i soli scritti di alcuni giuristi doveano aver forza di legge, ma tutte le opere di tutt'i giureconsulti, bastando solo che fossero ancora in uso dalla *Legge di Citazione* in poi. Nessun giurista aver dovea preesistimazione per ragion del valore pratico de'suoi scritti, giacchè tutte le limitazioni poste in mezzo da quella legge di Valentiniano erano state abolite. La mission loro precipna stava in dover fondere quella gran copia di scritti giuridici in un sol tutto, con iscegliere, senza distruggere il loro primitivo carattere,i migliori brani e col disporli secondo un determinato sistema; così che tutto il vieto fosse escluso, le inutili ripetizioni evitate, tutte le controversie de' giuristi definite e composte.

La commissione fornì il suo ufficio stringendo in breve somma e sistematicamente tutto il molto che era sparso in grande quantità di opere di meglio che 39 giureconsulti (2) e si attenne all' ordine dell' editto pretorio, giusta la prescrizione di Giustiniano, in modo che non si dipartì dal sistema seguito nel codice delle costituzioni. Compendiando essa le opere originali, quasi senza riservo procedè; nel che vuolsi in parte vedere una conseguenza derivata dallo scopo ch' avea di tralasciare quanto vi era di vieto e di quietare tutte le controversie sino allora agitate; in parte ancora un fatto formalmente voluto dall' imperatore. Però que' sunti non sono sempre fedeli; molto avvertentemente si omise, molto si aggiunse, molto si mutò, affinchè tutte le parti riuscissero uniformi, non discrepanti. *Interpolationes*, o *emblemata Triboniani*.

Checchè ne sia, tutta l'opera si divide, giusta il volere di Giustiniano, in 50 libri; ogni libro contiene, per lo più, molti titoli, ed ogni titolo, che ha un' epigrafe indicante il suo contennto, (3) si com-

---

(1) V. §. 29.

(2) Il più antico di essi è P. Mucio Scevola, i più giovani sono Ermogeniano ed Arcad. Carlsio. Gli altri sono: L. Elio Gallo, P. Alveno Varo, Antistio Labeone, Sempronio Proculo, P. Iuvenzio Celso, Nerazio Prisco, Giavoleno, Aburno Valente, Salvio Giuliano, Sesto Cecilio Africano, Terenzio Clemente, Giunio Mauriciano, Sesto Pomponio, L. Volusio Meciano, Claudio Saturnino, Tarruntino Paterno, Papirio Giusto, P. Cervidio Scevola, Ulpio Marcello, Gaio, Emilio Papiniano, P. Sesto Fiorente Tertulliano, Claudio Trifonino, Arrio Menandro, Fur. Antiano, Rutilio Massimo. Venuleo Saturnino, Domizio Ulpiano, Giulio Paolo, Callistrato, Elio Marciano, Florentino, Licinio Rufino, Emilio Macro, Giulio Aquila, Erennio Modestino.

(3) Si eccettuano i soli libri 30, 31 e 32, i quali non dividonsi per titoli, e portano una rubrica che è comune a tutti e tre: *de legatis et fideicommissis*.

pone di un numero più o men grande di frammenti di diversa estensione; ed ognun d' essi porta il nome del giureconsulto, e quello dell' opera d' onde fu tolto. Questo processo spiega la forma particolare di sì fatto codice, in cui non parla egli stesso l' imperatore, come, legislatore, ma i giuristi, dalle cui opere cotesti brani si tolsero. Pertanto, non pochi e piccioli sbagli si commisero; scusabili perchè in un lavoro sì grande e realmente assaissimo difficile. Alcuni di questi frammenti non furon posti in quei titoli, cui propriamente appartenevano secondo il loro oggetto, ma in altri che nulla avean che fare con essi. Perciò furon detti *leges fugitivae, s. erraticae*. Dippiù, si trovano in varî titoli, forse non sempre per errore, talvolta a bello studio, ripetuti alcuni brani, i quali poi si dissero *leges geminatae*.

La divisione de' più lunghi e copiosi frammenti in un *principium* ed in paragrafi numerati, che oggi si osserva nell' edizioni del *Corpus iuris*, è di origine molto posteriore.

I 50 libri formano, siccome ebbe prescritto lo stesso Giustiniano, sette grandi parti, *Partes s. Tractatus* che corrispondono appunto alle sette principali parti dello editto, e che hanno eziandio uno speciale rapporto col metodo del giuridico insegnamento sul contenuto delle Pandette in diversi corsi annuali esattamente determinati. La prima parte, *pars prima, s. πρωτα*, che comincia dal I libro e termina al IV, contiene una specie d'introduzione generale intorno alle sorgenti del dritto, non che sulle persone, come soggetti, e sulle cose, come oggetti de' dritti; e finalmente su i magistrati e su i confini della loro autorità. La seconda parte, *pars secunda s. de judiciis*, che va dal V all' XI libro, e che è così detta dalla intitolazione del 1° titolo, tratta del *judicium*, e contiene inoltre le *in rem actiones*, la *lex Aquilia*, ed alcune materie che vi han relazione. La terza parte, *pars tertia s. de rebus (creditis)*, che si estende dal libro XII al XIX, nominata ancor così dall' epigrafe del primo titolo, versa sulle condizioni e le azioni de' contratti. La quarta parte, *pars quarta, umbilicus pandectarum*, che comincia dal XX e termina al XXVII libro, tratta di molte diverse dottrine, del dritto di pegno, dell' usura, de' mezzi di prova, del matrimonio e della tutela. La *pars quinta*, dal XXVIII al XXXVI libro, tratta specialmente della eredità testamentaria, de' legati e fedecommessi, ed è perciò spesso indicata col nome *de testamentis*. La *pars sexta*, dal libro XXXVII al XLIV, comprende la dottrina della *bonorum possessio*, della successione intestata ed altre svariate dottrine. — Finalmente, la *pars septima*, che si comprende nel libro XLV sino al L, contiene ancora una quantità di dottrine apparentemente molto eterogenee, fra le quali si rinviene altresì quel che è obbietto del dritto penale.

Nel nuovissimo tempo il *Blume* ha fatto avvertire il proprio metodo, che la commissione legislativa seguitò nella disposizione e nell'ordine de'frammenti in ogni titolo (1). Tutte le opere giuridiche da con-

(1) *Blume* nella *Zeiscrift für gesch.* Rechtsw. Vol. VI.

sultare per valersene in tal lavoro furono divise in tre serie principali, di cui l' una si compone specialmente da' *libris ad Sabinum*, dai Comentari sulle opere principali di Sabino, la seconda da' comentari sull' editto, la terza dagli scritti di Papiniano, non che d' altri giureconsulti. Tutta questa quantità di scritti fu distribuita tra le tre sezioni che componeano la commissione a fin di farne gli estratti. Al principio, ogni sezione lavorò, a quel che pare, separatamente per sè; e conferiti di poi da ciascuna i proprî lavori, furono questi ordinati e congiunti in un sol tutto, cioè messi ne' singoli titoli, a' quali si appartenevano. Per lo più si fece maggior uso degli scritti di Ulpiano, specialmente nel suo commentario all' editto, e poi di quelli di Paolo e Papiniano. I passi degli scritti greci restarono in greco.

Questa raccolta fu pubblicata come codice di leggi a' 16 dicembre del 533, e prese, per ragion del suo scopo e del suo contenuto, i nomi diversi di *Digesta — Pandectae — Codex juris antiqui enucleati*. Forza obbligatoria doveva essa conseguire nel 30 dicembre dello stesso anno. A scanso di confusione, Giustiniano vietò, eziandio nella pubblicazione delle Pandette, l' uso di tutti gli altri scritti che erano stati applicati sino allora, e che oramai la nuova compilazione avea fatti inutili così nel foro, come nelle scuole. Fece pure strettissimo precetto, perchè non insorgessero novelle controversie, di non iscrivere copiosi commentarî sulle pandette; non altro permise che letterali, greche traduzioni delle Pandette, *indices*, e *paratitla*, cioè rinvî a' passi paralelli, con breve avvertenza del loro contenuto.

Pubblicando le Pandette Giustiniano pubblicò ancora delle disposizioni dirette agli *antecessores iuris*, maestri nelle scuole giuridiche di quel tempo, e che risedevano in Costantinopoli e in Berito nella Siria (secondo la divisione del territorio dello Stato, in Fenicia). Tali disposizioni riguardavano il metodo con cui dovesse farsi l'insegnamento su i novelli suoi codici in un corso di cinque anni.

Hocque opere consummato (codice constitutionum) in uno volumine, nostro nomine praefulgente, coadunato, quum ex paucis ac tenuioribus revelati, ad summam et plenissimam juris emendationem pervenire properaremus, et omnem romanam sanctionem et colligere et emendare et tot auctorum dispersa volumina uno codice indita ostendere, quod nemo neque sperare, neque optare ausus est; res quidem nobis difficillima, immo magis impossibilis videbatur.

Jubemus igitur vobis, antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt, libros ad jus romanum pertinentes et legere, et elimare, ut ex his omnis materia colligatur, nulla, secundum quod possibile est, neque similitudine, neque discordia derelicta, sed ex his hoc colligi, quod unum pro omnibus sufficiat. Et in certos titulos totum digerere, tam secundum nostri constitutionem codicis, quam edicti perpetui imitationem.

Sed et hoc studiosum vobis esse volumus, ut, si quid in veteribus non bene positum libris inveniatis, vel aliquod superfluum, vel minus perfectum, supervacua longitudine semota, et quod imperfectum est, repleatis, et omne opus moderatum et quam pulcerrimum ostendatis. Hoc etiam nihilominus observando, ut, si aliquod in veteribus legibus vel constitutionibus, quas antiqui in suis libris imposuerunt, non recte scriptum inveniatis, et hoc reformetis, et ordini moderato

tradatis, ut hoc videatur esse verum et optimum, et quasi ab initio scriptum, quod a vobis electum et ibi positum fuerit, et nemo ex comparatione veteris voluminis quasi vitiosam scripturam arguere audiat.

Nostram autem consummationem, quae a vobis Deo innuente, componetur, *Digestorum*, vel *Pandectarum* nomen habere sancimus. JUSTINIANUS *in const. Deo auctore, Deconceptione digestorum.*

Omnibus similiter interdicimus, ne quis audeat hominum, qui sunt nunc, aut in posterum erunt, commentarios scribere harum legum, praeterquam si velit quis in graecam linguam haec transferre, quem etiam volumus sola secundum pedem seu κατα ποδα nuncupata uti legum interpretatione et si quid secundum nominatorum paratitlorum (ut conveniens est) adscribere voluerit usum. Aliud autem nihil omnino ne tantillum quidem circa ea facere, nec rursum dare seditionis et dubitationis, aut infinitae multitudinis legibus occasionem — JUSTINIANUS *in Const. Dedit nobis.* §. *21.*

§. 35.

Compilazione delle Istituta.

Con le due grandi collezioni, le pandette cioè, e 'l codice delle costituzioni, il proposito legislativo di Giustiniano era propriamente compiuto. Ma poichè era ben ragionevole che da indi innanzi non più andassero per le scuole le opere giuridiche usate sino allora, e parendo, d' altra parte, quelle due grandi raccolte troppo vaste e malagevoli pe' principianti nello studio del diritto, l' imperatore volse l' animo ad una terza raccolta affatto diversa e per forma e per genere dalle due prime. Il perchè fece egli compilare le *Institutiones* da due giureconsulti, Teofilo e Doroteo, guida e direttore Triboniano.

Eglino cominciarono il loro lavoro mentre ancora si lavorava nella compilazione delle Pandette. Le Istituzioni furono quindi pubblicate nel 533, cioè dire nel medesimo tempo che le Pandette.

Quest' opera non ha veramente la esterna forma di un codice; ma piuttosto quella di un libro teoretico elementare, fatto, il meglio che si potette, intelligibile pe' molti esempi; onde è accomodato più specialmente ad una metodica introduzione allo studio di quelle due grandi raccolte. Qui vedi sempre l' imperatore siccome un maestro che insegni il dritto a' suoi discepoli. Quindi tu trovi le istituzioni lavorate sur un disegno diverso da quello delle Pandette e del Codice sotto il rapporto dell' ordine delle materie ; vi si osserva un sistema più puramente scientifico, per cui tutto il dritto risale, secondo il suo contenuto, prima alla dottrina delle persone, poi delle cose, indi delle azioni, *personae, res, et actiones* (1). Base di queste Istituzioni fu una consimile antica opera di Gaio, che poi venne riformata e fatta più confacevole alla condizione del dritto Giustinianeo (2). Le istituzioni si dividono in quattro libri, ogni libro in titoli, e ognun di questi in piccole sezioni, le quali oggi diconsi paragrafi, ed il principio di ogni titolo vien detto *principium*.

(1) V. il §. 48.
(2) V. il §. 26.

Triboniano — Theophilo et Dorotheo — convocatis specialiter mandavimus, ut nostra auctoritate nostrisque suasionibus componant Institutiones, ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab imperiali splendore appetere, et tam aures, quam animae vestrae nihil inutile, nihilque perperam positum, sed quod ipsis rerum obtinet argumentis, accipiant — Justinianus *cupidae legum juventuti, in proemio Institutionum.*

§. 36.

Le Novelle di Giustiniano.

Giustiniano nel confermare ch' ei fece il *Codex repetitae praelectionis* si riservò formalmente la facoltà di mutare, quando e come a lui fosse paruto necessario, la condizione del dritto per mezzo di nuove costituzioni. Epperò non si rimase dal continuare senza interruzione a riformar dottrine ed istituti giuridici dando fuori non poche costituzioni importanti, e spesso profondamente innovatrici. Queste costituzioni, ora greche, e sono le più, ora latine, e sono le più rare, talvolta ancora distese in queste due lingue, essendo più recenti del codice delle Costituzioni, per lo che non si trovano in esso, appellansi *novellae constitutiones, νεαραὶ διατάξεις*. Le più di esse furono date fuori ne' primi cinque anni dopo la pubblicazione del nuovo Codice. Ogni novella ha, per prima cosa, una *inscriptio*, cioè dire, i nomi dell' imperatore e di colui, al quale la s' indirizza per farne eseguire la pubblicazione, e ch' è per lo più il *praefectus praetorio*, o, per le ordinanze intorno a cose chiesastiche, quello del Patriarca di Costantinopoli. Poi segue il *prooemium* o la *praefatio*, come introduzione alla legge stessa; in ultimo l'*epilogus*, ove per conchiusione l' imperatore mostra alle autorità, cui vien diretta la Novella, il modo onde debbasi applicare la nuova legge.

Ei sembra, che Giustiniano avesse voluto dappoi fare una collezione di queste sue Novelle. Ma tale idea non fu posta in atto ; onde le Novelle non si raccolsero, od almeno non se ne fece una collezione officiale.

Si quid in posterum melius inveniatur, et ad constitutionem necessario sit dirigendum, hoc ita a nobis et constituatur, ut in aliam congregationem referatur, quae novellarum nomine constitutionum significetur — Justinianus *in Const. Cordi nobis §. 4. fin.*

DEL POSTERIORE DESTINO LEGISLATIVO-STORICO LETTERARIO DEL DRITTO ROMANO.

§. 37.

Trapasso.

Con Giustiniano e le sue raccolte giuridiche, non escluse le loro appendici, cioè le Novelle, si chiude la storia esterna del dritto roma-

no, in quanto che presso di noi questo dritto tal quale si trova in quelle raccolte giustinianee è stato ricevuto e rivestito di forza obbligatoria.

Pertanto lo svolgimento del posteriore destino del dritto romano giustinianeo, parte nello stesso Impero bizantino, parte fuori di esso, ha per noi un' utilità non pure storica e generale, ma anche immediatamente pratica; imperocchè solo per questa via possiam conoscere in che modo e con quali limiti abbia acquistato virtù obbligatoria appo di noi, e procacciarci copia grande di sussidi di non poco rilievo nella interpretazione del dritto Giustinianeo.

§. 38.

Il dritto romano sotto i successori di Giustiniano nello impero bizantino fino alla sua caduta (1).

Le raccolte di Giustiniano restarono in istabile uso nel greco impero, anche sotto i suoi successori, non solo come codici e corpi di leggi, ma come opere teoriche per lo studio del dritto (2).

Imperò, al modo che l' impero sempre più politicamente s' indeboliva, la condizione del dritto scadeva ancor essa sensibilmente, non ostante la già fatta riforma; tanto più che la lingua latina, come fondamento del dritto romano propriamente detto, venia cedendo mano mano il suo luogo alla greca. Per verità, non si cessò assolutamente dallo scrivere opere giuridiche a malgrado dello stesso divieto di Giustiniano; ma era naturale che le si scrivessero in idioma greco, salvo eccezioni di poco rilievo. Fra le più notevoli opere greche su i codici di Giustiniano, consultabili non senza utile per la dichiarazione del dritto giustinianeo, è da porre una parafrasi greca delle istituzioni del professore Teofilo (3), il quale, come dicemmo, fu uno di quelli che le compilarono. È molto verosimile che essa sia un manoscritto delle sue lezioni copiate in iscuola sulle Istituzioni di Giustiniano subito dopo la loro pubblicazione e pria che fosse pubblicato il riveduto codice delle costituzioni. Non ci è noto abbastanza come ci sia pervenuto, ma ad ogni modo questa parafrasi, verosimilmente per cagione della parte immediata che Teofilo ebbe nella compilazione delle Istituta, ottenne per lungo tempo una grande autorità appo i giuristi bizantini. Il che provasi col testo delle Basiliche e con gli scolî su di esse. Anche le pandette furono volte in greco. Tra questi lavori pare si fosse avuto in gran pre-

---

(1) *C. E.* ZACHARIAE, *historiae juris graeco-romani delineatio*. Heidelb 1839, 8. MORTREUIL *hist. du droit Byzant.* tomes III. Paris 1843 sq.

(2) Secondo questo piano di studî esattamente prescritto gli studenti, che prima erano detti *dupondii*, da quell'ora nel 1.° anno chiamaronsi *Justinianistae*; nel 2.° anno *edictales*, nel 3.° *Papinianistae*, nel 4.° λυται, nel 5.° προλυται *Const. Omnem reipublicae*. §. 1 - 2.

(3) La migliore edizione, con una versione latina e con note, è quella di W. Otto Reit (Haag. 1751 4. in 2 vol.) Abbiam pure una molto fedele traduzione con note critiche e comparative per C. WÜSTEMANN (Berlino, 1823, in 2 volumi).

gio un' ampia parafrasi greca di Stefano (εις πλατος), la quale non si è conservata sino a' nostri tempi. Dicasi lo stesso della traduzione greca del Codice fatta letteralmente da Taleleo (1). Quanto alle novelle, essendo state le più di esse originalmente pubblicate in greco, non offrono sotto questo rapporto veruna difficoltà. Bastava adunque compendiarle. I lavori di Attanasio e Teodoro son di questo genere. Notevolissimo è poi, per cagion della lingua, un latino compendio di 125 novelle di Giustiniano, scritto da Giuliano, verosimilmente poco innanzi, o subito dopo la morte di quell'imperatore. Questa *epitome novellarum*, come ordinariamente si suol chiamare quel compendio, venne in gran pregio, massime in Occidente, e, cosa verosimile, erasi destinato primamente ad uso dell'Italia risommessa, e così va spiegata la sua latina compilazione.

Con queste opere private non vuolsi confondere i lavori propriamente detti legislativi già comparsi sotto l'autorità degl'Imperatori. Tali furono alcune imperiali costituzioni, le novelle de'successori di Giustiniano, specialmente di Giustino Tiberio e di Leone il filosofo, ed alcune formali rinnovazioni a'codici di Giustiniano. Stantechè, siccome le traduzioni greche di questi codici non aveano autorità pubblica, nè concordavano sempre con l'originale lor testo, ovvero tra esse, nè facevano alcun conto delle nuovissime costituzioni imperiali date fuori dopo Giustiniano, si cominciò a sentire a poco a poco il bisogno di un lavoro ufficiale di simil fatta.

Tal fu, prima che altro, un breve codice compendiato in 18 titoli e comparso sotto l' imperatore Leone Isauro, verosimilmente verso il 740, detto εκλογὴ τῶν νόμων ἐν συντομω γενομενη.

È da noverar pure il πρόχειρος νόμος (2) in 40 titoli, sotto l'imperatore Basilio Macedone, uscito a luce probabilmente verso l'878. Ma più che vasto ed importante è il lavoro legislativo incominciato dallo stesso Imperatore Basilio Macedone, e compiuto da Leone il Filosofo, suo figlio (regnò dall'886 al 911). Medesimamente per agevolare alle intelligenze del secolo, che ogni dì più infiacchivano, l'uso delle sorgenti col pienamente accumularle, le Istituta, le Pandette, il Codice delle costituzioni e le Novelle furono riunite in un sol corpo, scritto in greco, partito in 60 libri cui si divisero in titoli con rubriche; i titoli in capitoli, e questi in paragrafi. Per mezzo di questo codice novello che s'ebbe il nome di *Basiliche*, τα βασιλικὰ νόμιμα, ὁ βασιλικὸς (νόμος) (3), venne dismettendosi gradatamente l'uso delle originali raccolte di Giustiniano in Oriente, sebbene non pare aver egli avuto dapprima questo fine,

---

(1) Di questo lavoro non altro ci è pervenuto che alcuni estratti e frammenti inseriti nelle opere posteriori, specialmente nelle Basiliche.

(2) Pubblicato da C. E. Zachariä (Heidelb. 1837-8.

(3) Pubblicate con una versione latina di Carlo Ann. Fabroto. (Parigi, 1647 in fol. — 7 volumi). Il rimanente l'han pubblicato Ruhnken, Reitz nel *Thesaurus* di Meermann tom. III. e V. — il Witte (Breslau 1824 in 4.) Pardessus e Zachariä. Una nuova e critica edizione si cominciò dal 1833 pe'fratelli G.E. e G.E Heimbach, e fu compiuta nel 1860.

ma sì quello di agevolarne l'uso. Queste Basiliche si sono conservate, ma non intere. Abbiam soli 29 libri intieri, 10 dimezzati, e de'rimanenti 17 non altro che singoli frammenti. Alla legislazione delle Basiliche si riferiscono le così dette *novellae Leonis*, pubblicate dall'imperatore Leone in greco idioma. Gli scoli delle Basiliche, assai proficui per la spiegazione del dritto romano giustinianeo, sono in gran parte ricavati dagli scritti de'suddetti contemporanei di Giustiniano. Nel mezzo del X.° secolo l'imperatore Costantino Porfirogeneta ordinò una nuova edizione delle Basiliche, e più in là furono fatti non pochi compendi, e parecchi di essi per ordine della podestà pubblica (1). Sotto un altro rapporto non è senza interesse per la cognizione dello stato del dritto in quel tempo un compendio composto nell' XI secolo da Mich. Psellus, sebbene composto senza gusto ed in forma di poesia didascalica (2). Da ultimo, nel mille dugento, a cagion di tutti questi codici greci, l'uso delle originali raccolte di Giustiniano fu del tutto dismesso in Oriente. I Codici greci, anche dopo che i turchi ebbero distrutto l' impero greco, pe' greci ivi viventi rimasero, almeno in parte, lungamente in uso quasi sino a' novissimi tempi (3).

§. 39.

Destini del dritto romano in Occidente (4).

Sebbene già da gran tempo innanzi Giustiniano l'imperio d'occidente fosse caduto, e rimasta perciò l'Italia per niun modo politicamente rannodata all'impero greco, nondimeno sotto lo stesso Giustiniano, pei benavventurati conquisti de'suoi generali, una gran parte di essa fu aggregata di bel nuovo come provincia a quell'impero. Ciò ebbe un effetto di gran momento su i futuri destini del dritto romano, giacchè Giustiniano fece introdurre in Italia i nuovi codici da lui già pubblicati per tutte le parti nelle quali imperava. Vero è che l'Italia si segregò nuovamente da Costantinopoli non sì tosto fu morto Giustiniano, e venne alle mani di popoli germanici; ma, non pertanto, il dritto romano fu sempre in uso, per tutta l'età media, sotto le successive dominazioni de' Longobardi e de' Franchi. Il che si dichiara ponendo mente al principio de' dritti personali dominante presso i popoli germanici, e sovrattutto alla costituzione municipale romana uon mai venuta in disuso (5).

---

(1) Tali sono: la *Synopsis Basilicorum* (εκλογη βασιλικων) pubblicata da J. Lennclavius, Bâle, 1575 in fol. il *προχειρον των νομον* di Costantino Armenopulo, che si trova, con le note di W. O. Reitz nel volume de' supplementi del Tesoro di Meermann. p. 1. 199.

(2) Murman Thes. tom. 1.

(3) Questo va specialmente detto del Codice di *Harmenopulus* mentovato alla not. prima.

(4) V. Savigny, Storia del dritto romano nel medio Evo, in 6. volumi. Heid. 1815 — 1831 in 8.

(5) Non possiamo trattenerci dal dir poche cose intorno a questa sentenza del

Anche di una certa operosità letteraria congiunta ad una tal quale considerazione pel dritto romano giustineaneo noi troviamo qualche traccia, non però di alcun rilievo, in questo tempo ed in quelle contrade (1). Tale può dirsi quel libro che ha comunalmente il titolo di *Brachylogus juris civilis*, o *Corpus legum per modum institutionum*, similmente le così dette *Petri exceptiones legum romanarum*, entrambe comparse in su lo scorcio dell'undecimo secolo (2). Un'era propizia pel dritto romano giustinianeo si aperse, poi che lo studio scientifico di esso dal

---

nostro autore, già prodotta primamente dal napolitano d'Asti, e tanto più volentieri, che recisa ed assoluta com'è, può, contra il vero, venir presa generalmente; ed anche perchè, meglio che in altra parte d'Europa, in Italia, anzi in queste sue provincie meridionali fu disaminata con più senno e con maggior diligenza. Duolci solo che l'angustia di questi limiti consente brevissimo corso alle nostre parole.

V'ebbero di molti, i quali credettero avere i Longobardi conceduto agl'Italiani, non che altro, l'uso delle antiche loro leggi; e, dopo il d'Asti, questa opinione acquistò maggiore autorità appo di noi non sì tosto fu ripetuta dal Muratori, cui tennero dietro il Maffei, il Giannone, il Grandi, il Pagnoncelli ed altri non pochi; fuori d'Italia, ancor molti e sovrattutto il Savigny nella prelodata sua storia del dritto romano nel medio evo.

Il contrario parve più verosimile al Tanucci, al Pizzetti, al Sismondi ed a Leo, per tacer d'altri; ma nessuno seppe spandere tanta luce su questo problema storico quanta ne provvenne per opera del chiarissimo Carlo Troya. Il quale per riempire le lacune che molto acutamente avea notate il Manzoni ne'lavori concernenti le cose de'Longobardi, corse l'aringo, e ben dimostrò lui avere quell'*acuto ed insistente ingegno* che l'illustre Milanese aveva reputato necessario per *trovar la storia patria di que' secoli* — (*Discorso storico, cap.* 2.)

Egli colla parte V. ed ultima del 1.° volume della sua *Storia d'Italia del medio evo*, intitolata: della condizione de' romani vinti da' longobardi (*Napoli, dalla Stamperia Reale*, 1841 — *Milano, Dalla Società tipografica de'classici italiani*, 1844), prende ad esporre le *vicende non liete* de'Romani venuti sotto il giogo di Alboino, di Clefeo, e de'Duchi, ed aiutato da vigili e lunghissimi studi di sterminata erudizione, distingue un per uno i luoghi ed i tempi, la cui confusione ingenerò sempre errori e trascorsi senza fine, restituisce molti fatti, nota erronee deduzioni ed anacronismi, in cui caddero i non pochi dotti che pria ne scrissero, non escluso neppure il Savigny, e sempre con novità di metodo e con quell'ordine rigorosamente cronologico, senza il quale si era falsata la storia e durata fatica che avea fatto ricordare l'inecessabile pena delle Danaidi. Così riesce a dimostrar vere le quattro seguenti conclusioni, le quali paiono come i sommi capi ed argomenti del suo lavoro. 1.° Avere i Longobardi tolta ogni orma di cittadinanza romana — 2.° Ogni maestrato della propria nazione — 3.° L'*uso pubblico* delle leggi natie — 4.° La proprietà delle terre, riducendo i vinti in condizione di *tributari* o di *aldii*.

L'uso perpetuo del giure romano vuol essere *circoscritto all'Italia romana ovvero alla non conquistata ed a'nuovi romani venuti con Carlomagno*. Si sarebbe dovuto dire che il dritto romano fu sempre praticamente in uso *al tempo* della successiva dominazione de'Longabardi, e non, come dice il Marezoll: *fortdauernd praktisch im Gebrauche* unter *der wechselnden Herrschaft der Longobarden und Franken*. Oltre la sudetta opera del Troya, si può leggere con profitto la bella Dissertazione dell'egregio Gaetano Trevisani, intitolata = *Di alcuni teoremi principali della Storia d'Italia nel medio evo* — Napoli, tipog. Moschitti, 1846 — *Il Trad.*

(1) V. Savigny, Storia del dritto romano nel medio Evo, in 6 volumi. Heid. 1815-1831 in 8.

(2) Ei sembra che fu questo il vero titolo: *Summa novellarum constitutionum Justiniani imperatoris*. La più nuova edizione critica è quella di C. Bocking. Berlino 1829.

XII secolo si svegliò nelle università già sorte in Italia (*Studia generalia, universitates doctorum et scholarium*), e più che altrove, in Bologna. Di là si diffuse a poco a poco colla conoscenza del dritto romano l'uso pratico di esso non solo per la Germania, ma per tutta quasi l'Europa, specialmente a misura che i romani imperatori di que'tempi si riguardavano come protettori della Chiesa Cristiana. La ragion storica di questo fatto si rinviene nel concorso di svariate circostanze politiche, letterarie, e di più altre meramente fortunevoli.

Specialmente contribuirono pur molto alla elaborazione del dritto romano gli svariati rapporti, in cui stava con esso il dritto canonico, o pontificio che dir si voglia. Poichè, essendo il giure canonico prescritto per tutta quanta la Cristianità, si venne in un pensiero più ampio, con cui fu creduto che il dritto romano giustinianeo, il quale compariva inseparabile da quello, dovesse osservarsi eziandio per tutte le contrade cristiane.

Quanto più importante, sotto molti rapporti, pe'posteriori destini del dritto romano fu il magisterio, onde dalle università di quei tempi, ed anche più tardi, venne esso insegnato e trattato scientificamente, tanto più necessarie a noi sembrano le seguenti osservazioni letterarie.

§. 40.

I Glossatori e le loro opere.

Dalla forma esegetica, della quale i primi professori di dritto, specialmente in Bologna Guarnerio od Irnerio (morto innanzi al 1140) e i suoi successori, rivestivano il loro insegnamento delle collezioni di Giustiniano, le quali non tutte si erano rinvenute in una volta, si sono originate le Glosse. Così chiamavansi le brevi note formanti un comentario non interrotto sul testo de' codici di Giustiniano, mercè le quali que' professori cercavano di spiegare il dritto romano con questo dritto medesimo, parte grammaticalmente, parte principalmente sotto il rapporto giuridico; e più per mezzo di rinvii a' passi paralelli, o col venire conciliando le apparenti antinomie. Queste glosse, dalle quali cotesti professori ebbero il nome di glossatori, furono dapprima inserite tra le linee del testo, (*glossa interlinearis*); poscia nel margine; indi unite insieme a quelle degli altri professori (*apparatus*). Dalla copia di queste glosse fatta successivamente tragrande, verso il mezzo del secolo XIII Accursio trasse il meglio, mettendoci pure del proprio; oggi quel suo lavoro vien detto ancora per eccellenza *glossa ordinaria*, e, tranne alcune addizioni posteriori poco importanti, si è conservata nell'antica sua forma senza che ci sia noto il particolare motivo.

Le *authenticae* del Codice non sono che una forma particolare di queste glosse. Il qual nome fu dato in preferenza, almeno più tardi, a' sunti latini delle novelle di Giustiniano, che in parte voglionsi attribuire ad Irnerio, e che mirarono al degnissimo fine di far notare agli

studiosi del Codice i gravi cangiamenti apportati al dritto imperiale dalle novelle di Giustiniano. Il tempo in che queste *autentiche* furono separate dalle altre glosse, di cui erano dapprima parte integrante, e invece di restar come note unicamente marginali, furono incorporate al testo del Codice ne' luoghi rispettivi, non è ben conto. Simili autentiche si trovano altresì ne' manoscritti e nelle più antiche edizioni delle Instituta. Però, con queste autentiche, dette *authenticae Justinianeae*, non son da confondere certi altri luoghi originariamente eterogenei, inserti nel testo del Codice delle Costituzioni, i quali col nome stesso di *authenticae Fidericianae* si trovano ancor oggi nel Codice. Queste ultime non sono che ordinanze de're tedeschi e degli imperatori romani, del primo e del secondo Federico, le quali d'ordine imperiale si aggiunsero al Codice per cagion del mediato od immediato rapporto che hanno col dritto romano. Un merito speciale si procacciarono i Glossatori formando co' diversi manoscritti fra loro comparati un testo più compiuto, più emendato e più uniforme delle raccolte di Giustiniano. Di quì è uscita la così detta *lectio vulgata*. In pari tempo furono tradotti in latino i singoli luoghi greci, che si trovano in queste raccolte.

Quanto alle novelle, invece del compendio usato in sino allora a quel che sembra, cioè l'epitome di Giuliano (§. 38), si prese a far uso delle proprie novelle di Giustiniano succedevolmente rinvenute, sotto il nome di *Authenticum*, o *Liber authenticorum*. E per le greche novelle non si valsero del testo greco, forse ad essi non peranco noto, ma di una versione latina per la più parte assai letterale, tutta piena di grecismi, spesso difettosa; la quale fu fatta in tempo non cognito; però, in ogni caso, anteriore a quello de' glossatori. La si chiama *Versio vulgata*, in contrapposto delle traduzioni che poi se ne fecero, migliori e più fedeli.

Dal numero assai più grande di novelle, che i glossatori conoscevano, sole novantasette ne scelsero. Le glossarono, le ridussero in nove *Collationes* che formarono il *liber ordinarius*, ed in contrapposto le altre novelle furono dette *autenticae extraordinariae s. extravagantes*. Ogni collazione contiene molti titoli, ed ogni titolo si compone di una sola novella. A ciò fa eccezione l'ottava novella, la quale si divide in due titoli, per guisa che le 97 novelle prescelte formano 98 titoli.

Molti altri lavori ordinati e disposti da' glossatori, rispetto alle raccolte di Giustiniano, troveranno più innanzi il convenevole loro luogo.

In generale, lo scientifico magisterio con che i glossatori si fecero a trattare il dritto romano, fu sommamente importante, sotto ogni rapporto, non solo pe' tempi posteriori, ma per la presente condizione del dritto appo di noi. Eglino non restituirono soltanto il testo delle collezioni di Giustiniano, ma fecero, glosando, su d'ogni parte del dritto giustinianeo un continuo commentario che ha conseguito, vuoi scientificamente, vuoi praticamente, una importanza assai più

grande che non ebbe alcun altro posteriore lavoro. Imperocchè questa glossa forma, a quasi dire, il centro di tutta la letteratura giuridica di quel secolo; e contiene, specialmente insieme con più altri scritti di glossatori che hanno con essa immediata relazione, il germe di presso che tutte le controversie giuridiche già in gran parte non peranco definite a' dì nostri. Inoltre, quel che dà a questa glossa un sì grande valore scientifico, non è soltanto la luculenta perspicacità che vi si trova, ma eziandio una circostanza, la quale è che i glossatori datisi per primi ad elaborare scientificamente il dritto romano e quindi per necessità allo studio delle sue sorgenti, poterono non preoccupati, ma con certa franchezza e indipendenza d' intelletto avvisarle nella loro purità e farsele, per così dire, familiari in modo veramente straordinario, e poco men che credibile. Se non che quello, di che essi difettano, è un più libero senso filosofico, ed un profondo studio di storia. E per fermo, queste due condizioni erano indispensabili a voler compiutamente trattare il dritto romano giustinianeo. Difatti, quel che lo appropria ed affigura è, che esso, come risultamento di un logico sviluppo continuato per lungo corso di secoli, contiene e quanto ha di meglio tutta la vita giuridica che visse la società romana da' primi sino agli ultimi suoi tempi, e perciò una parte importante di tutta la storia di quel popolo, ed un ricco tesoro di esperienze confermate dalla stessa filosofia del diritto.

Dal fin quì detto torna facile il vedere i grandi pregi della Glossa non sempre abbastanza estimati, e i moltiplici difetti ed errori spesso con troppa severità notati, talvolta ancora creduti. Certo, da lei ci son pervenute non solo molte e molto buone dichiarazioni e teorie, che in parte si sono riconosciute esatte iu questi ultimi tempi, dopo lungo e profondo esame ed a malgrado di non poche contestazioni, ma benanco parecchie inadeguate dottrine ed errori, che per cagion della grande stima, in cui furono per lunga età tenuti i glossatori, ebbero maravigliosa durata. Da costoro avemmo eziandio un buon numero di voci tecniche di dritto, alcune esatte e conformi alle sorgenti, altre false, nè ben prescelte; e quest' ultime, ostinatamente conservate, causarono dappoi non pochi abbagli, nè poca coufusione.

Quanto alla pratica importanza de' glossatori per la posteriore propagazione del dritto romano, come dritto universalmente in vigore, difficilmente le si può dare una estimazione che basti. Imperocchè essi, nell' insegnare ed in comentare il dritto Giustinianeo, si fecero assai per tempo a considerarlo da quel punto di vista, che poi con tanta efficacia ne agevolò l' ulteriore pratico svolgimento; e per dirlo altrimenti, il dritto romano non ebbe per essi unicamente un valore archeologico, o quello di un dritto speciale, ma il carattere di un dritto positivo valevole per tutta la Cristianità. Onde eglino impresero, certo non vanamente, e spesso con un senso molto esquisito, ad applicare praticamente i principî del dritto romano a' rapporti giuridici del loro tempo. Così additarono molto acconciamente la via,

per la quale il dritto romano, non ostante la origine ch'ei prese in un tempo antichissimo, a malgrado de' molti elementi germanici introdotti dappoi nella vita giuridica e ad esso pienamente stranieri, tuttavia si accomoda assai bene a' bisogni del tempo che viviamo. Ed appunto in questo modo resero possibile una più vasta propagazione di questo dritto nella più gran parte del mondo cristiano.

Finalmente i glossatori, e ciò si annoda col detto fin quì, acquistarono praticamente tale un' autorità, che la Glossa divenne per avventura l' esterno contrassegno, dietro cui si limitava, nel medio evo, la ricezione e 'l valor pratico del dritto romano. *Quod non agnoscit Glossa nec agnoscit curia.*

Fra i numerosi Glossatori, que' che meritano special menzione e per i pregi eminenti de' loro scritti, e per la stragrande estimazione in che furon tenuti da' contemporanei e da' vissuti di poi, son questi: Irnerio, Bulgaro, Martino Gosia, Ugo de Porta di Ravenna, Giacomo de Porta anche di Ravenna, Piacentino, Pillio, Giovanni Bassiano, Alberico de Porta di Ravenna, Azone, Ugolino Presbiteri, Giacomo Balduino, Accursio, Odofredo. Vuolsi in ultimo notare, che specialmente Bulgaro e Martino formarono in certo modo due scuole diverse, da cui poscia sortirono molte controversie di dritto. Ei pare che Bulgaro avesse goduto maggiore autorità; le sue opinioni furono dallo stesso Accursio, nella raccolta che egli fece delle glosse, preferite a quelle di Martino. Per contrario, non poche opinioni di quest' ultimo vennero più in là formalmente ricevute dal dritto canonico, e le contrarie del Bulgaro rifiutate.

§. 41.

Posteriori destini letterari del dritto romano da' Glossatori in poi, fuori di Germania.

Con l' età de' glossatori si lega, come un secondo periodo della storia letteraria del dritto civile, il tempo degli scrittori giuridici dal secolo XIII sino alla fine del XV. Essi furono nominati, per distinguersi da' glossatori, ora *scribentes*, o *consiliatores*, specialmente pel genere e la forma de' loro scritti, ora *Bartolisti*, da Bartolo, come dal primo rappresentante di questo corso di tempo. Allora era in onore la filosofia scolastica, la quale soverchiando da per tutto, dava ad ogni ragione di scienze una forma determinata e profondamente distinta; eran tutte, per così dire, impregnate dal suo spirito. E in ispecialità nel modo di trattar scientificamente il dritto romano essa ebbe larghissimo effetto; ma non in tutto molto benefico. Chè, per primo, non poteva sotto l' angusta forma del metodo scolastico trovar ambito largo lo spirito libero e filosofico, nè lo storico, due cose bisognevoli a ben trattare il dritto romano. Poi nocumenti ed ostacoli recar doveva ad uno studio profondo delle sorgenti giuridiche lo scadimen-

to in che ogni dì più veniva l' antica letteratura classica, e sovrattutto la lingua latina.

Tutto ciò mette in buon lume il carattere predominante, che in sè portano generalmente i tanto numerosi scritti giuridici di quel tempo. E sebbene non si possa sconoscere in essi una tal quale dottrina, tuttavolta non sono da paragonare, chi considera il loro intrinseco valore, colle opere de' glossatori. Imperocchè lasciando da parte, per ciò che risguarda la forma, il difetto di gusto che in essi è palpabile, e che unito ad una imbarberita latinanza e ad una fastidiosa prolissità rende lo studio di questi scritti oltremodo ingrato, vi manca altresì, sotto il rapporto della materia, quello onde sono così contraddistinti e profittevoli i lavori de' glossatori, ch' è dire lo studio profondo delle sorgenti. La qual cosa si comprova nel modo più efficace sol che si noti, aver essi non commentato, nè interpretato le sorgenti stesse del dritto romano, ma sì voluto, come precipua loro missione, trattare sotto il titolo di *repetiones*, *consilia*, *commentarii*, *decisiones*, *dissertationes*, *quaestiones*, etc. le innumerevoli controversie de' glossatori: di tal maniera, nella sposizione de'così detti *casus* spesso perderonsi in una vana casistica ed in vuote sottigliezze. Per virtù di sì fatta tendenza, alla legale autorità delle sorgenti giuridiche fu le più volte da' Bartolisti soprapposta la personale autorità de' glossatori. Nel tempo stesso si accese un' ansia impaziente di non finar mai di addurre nella trattazione di quelle controversie, nelle quali si concentrava tutto lo studio del dritto, una data opinione, come la più propugnata e più comunemente ammessa, come la *communis opinio*, a dirla col proprio suo nome. Quindi introdottosi il costume di dare una esterna preponderanza ad una opinione mercè la sola autorità de' nomi, a vece di provarne l' intima verità col contenuto delle sorgenti, non potè non intervenire che, in mezzo a quelle autorità spesso contraddicentisi, ogni giuridico scrittore di quel tempo appiccasse il titolo di *communis opinio* anche ad opinioni discordi, anzi ripugnanti ne' termini.

Fra questi Bartolisti gli è bene rammemorare i seguenti, avuto riguardo alla speciale riverenza che seppero procacciarsi co'loro scritti. In capo a costoro splende il nome di Odofredo, che in certo modo forma l' anello che lega il nuovo al precedente periodo e che ad entrambi appartiene: poscia Viviano, Dino, Mugellano, Giacomo d'Arena, Pietro di Bella Pertica, Cino, Alberico de Rosciate, e, soprattutto, Bartolo di Sassoferrato; finalmente, Baldo degli Ubaldi.

Uno spirito migliore, una maggior profondità, uno stile più acconcio e insiem con esso un metodo più opportuno furono osservati nella scienza del dritto romano dal XVI secolo, in cui già risorgeva la classica letteratura. Ei fu riconosciuto, che solo per un intimo legale colla filologia e colla storia poteva prosperare lo studio del dritto romano. Di quindi si cominciò a trattare *storicamente e criticamente* non solo le sorgenti che sino allora erano state in uso, ma pur quelle che eran rimaste inosservate, cioè le sorgenti *mediate* del dritto *ante*

e *postgiustinianeo*. E, cosa naturale ad avvenire, lo studio diretto delle sorgenti conferì molto al più libero e indipendente svolgimento dei singoli principî di dritto e d' intiere teorie; il che giovò soprammodo la storia e la esegesi del dritto romano. Ma sì fatto avviamento non fu universale. Poichè il metodo de' Bartolisti restò pur sempre in uso presso non pochi de' loro seguaci, e specialmente appo di quelli che eran del numero de' così detti *pratici*. Quanto più decisivamente il dritto romano veniva risguardato come praticamente usabile nel foro, tanto più naturalmente doveva a poco a poco vedersi una doppia generazione di scrittori giuridici, in conformità del duplice loro scopo immediato. Mentre i così detti *teoretici* toglievansi sovrattutto la briga di svolgere le pure teorie del dritto romano unicamente dalle sorgenti, i *pratici* si adoperavano ad esporre cotal dritto nella forma ch' esso avea conservato sin dalla sua ricezione come jus in vigore, e nel modo onde lo si applicava nel foro. Imperò, sebbene assai desiderabile e proficua dovette appresentarsi cotal doppia cura, il coltivare, cioè, il campo della giurisprudenza romana seguendo nel tempo stesso entrambe le cennate vie, si mancò in parte dal mirare allo scopo benefico, che si sarebbe potuto pienamente raggiungere. Perocchè, invece di coadiuvarsi l' un l' altro, quegli opposti sforzi produssero quella tanto nocitiva dissensione tra la teoria e la pratica, che ai dì nostri, in parte almeno, perdura.

Intanto, poichè il dritto romano fu tramutato in moltissime terre cristiane, e sottoposto, in qual più, in qual meno di esse, ad elaborazioni scientifiche non al tutto uniformi, è mestieri, nella esposizione de' risultamenti, di qui distinguere ogni singolo paese.

Quanto all' Italia, è da mentovar sovrattutto Angelo Poliziano non già, rigorosamente parlando, come un dotto conoscitore del giure romano, ma come quegli che fece opera gagliardissima per unire la classica letteratura con lo studio del dritto. Inoltre, come dotti civilisti, Alciato, Emilio Ferretti, Lelio e Francesco Taurelli, Alberico e Scipione Gentili, Pacio, Antonio Merenda, Marco Aurelio Galvano, Bartolo Chesio, e, pe' tempi a noi più vicini, Gianvincenzo Gravina e Giuseppe Averanio (1).

---

(1) Ognun vede quanto sia scarso il novero de' *dotti* giureconsulti italiani mentovati da Marezoll. Per lo che reputiamo necessario riempiere questa lacuna, noverando i nostri più famosi giuristi, che dall' undecimo sino al decimottavo secolo coltivarono il dritto romano o che scrissero di cose concernenti alla sua storia. E, quanto a' più chiari, daremo ancora notizia delle loro opere; degli altri, i soli nomi. Per tal modo avremo anco l'opportunità di far noti que' lavori, i più de' quali mostrarono che l' Italia, dopo che in essa fu tornato dall' oriente il dritto romano nella forma giustinianea, era destinata a dargli una seconda vita, e ad insegnarlo alle altre nazioni.

Dal 1100 *sino al* 1200.

IRNERIO, nato in Bologna in sul mezzo del secolo XI, morto nel 1158 — Fu primo a comentare il dritto Giustinianeo con iscoli e chiose, non ad insegnarlo, come credono alcuni. Vedi il giudizio che ne dà Gravina — *De ortu* etc. § CXLIII.

In Francia fiorì pure una scuola di giureconsulti ragguardevole per profondità, le cui opere poterono molto efficacemente sulle vedute giuridiche di altri paesi, specialmente di Germania. Fra questi giuristi francesi di quel tempo meritano esser mentovati i seguenti: Ran-

---

Si hanno di lui questi scritti: *Glosae Irnerii; Formularium Tabellionum; Quaestiones; de actionibus.*

Bulgaro, n. in Bologna, o come altri credono, in Pisa in sulla fine del secolo XI, m. nel 1166. Tradusse in latino molte leggi scritte in greco nelle Pandette, scrisse chiose e comenti, specialmente sul titolo *De regulis iuris*; ed un trattato di procedura.

Anche furono celebri i seguenti: Martino Gosia, (n. in Bologna verso il 1112, m. nel 1190); Ugo di Porta Ravegnana (+ nel 1168); Jacopo (+ nel 1178); Rogerio, m. in Benevento; scrisse chiose, e segnatamente a quella parte del Dig. detta *infortiatum.* ed un compendio del Codice. Alberico di Porta Ravegnana; Guglielmo da Cabriano; Ottone; Bandino (+ nel 1198); Raimondo della Gena, (vissuto verso il 1127); Burgondio, (n. in Pisa, m. nel 1194); Piacentino, di Piacenza (+ nel 1192); Graziano di Chiusi, (+ nel 1164); Giov. Bassiani, (n. in Cremona nel 1200, m. nel 1197) — In quel medesimo tempo viveano pure Francesco da Talese, e Franc. Bagarotto.

Dal 1200 *sino al* 1300.

Azzone, o Azzo, n. in Bologna, m. nel 1220. Le sue glosse sul Dig. e sul Cod. si stamparono in Spira nel 1482 — Si hanno di lui: *Summa Codicis; Summa Institutionum; Apparatus in libros Digestorum; in Codicem; Quaestiones; Definitiones; Brocarda; Summa de usuris; Repetita.*

Giacomo Balduino, n. in Bologna sul finire del 1200, m. nel 1235. Scrisse comenti sulle Pandette e sul Codice, di cui profittarono Odofredo ed Accorso.

Francesco Accorso, n. in Firenze nel 1151, m. nel 1240, autore della *Glossa ordinaria.*

Glossatori furono ancora i seguenti:

Pillio (+ 1207); Cipriano; Martino da Fano; Lotario; Tancredo; Antonio Lyo (+ 1208); Bartolommeo Beneventano (+ 1260); Uberto Boasio (+ 1250); Giov. Fasolo; Odofredo (+ 1265); Andrea Borgelli; Arrigo Bartolomei (1276); Tadeo da Sessa (+ 1249); Lorenzo Sinibaldo (+ 1250), che poi fu Papa Innocenzio IV.; Filippo Minutolo (+ 1300); Aretino Bonaguida e Nicolò d'Arrisio. morti in sullo scorcio del detto secolo. Dino Mugellano (+ nel 1298); Roffredo Beneventano (+ nel 1243). Vedi gli altri glossatori nella Storia del Dritto rom. di Savigny, vol. 2, parte 1.

Dal 1300 *sino al* 1400.

Bartolo, n. in Sassoferrato verso il 1313, m. in Perugia nel 1357. Scrisse dei comenti sul dritto romano, e trattati di Giurisprudenza.

Cino da Pistoja, quivi nato nel 1270, m. nel 1337. Le sue opere sono: *Lectura Dom. Cini de Pistorio super Cod.* Pavia. 1483 in fol.

Pietro Baldo degli Ubaldi, n. in Perugia, m. nel 1400 — Scrisse, *de Pactis, de Constituto, Peculium* etc...

Vissero nello stesso tempo i seguenti:

Giov. Anguissola (+ dopo il 1330); Luca della Penna; Riccardo di Venosa Giov. Andrea, Giov. Calderino (+ nel 1350); Pietro Rinalducci (+ nel 1331); Alberto Gandino; Bartolomeo di Capua (+ nel 1328); Giov. Crispo (nel 1335); Riccardo Petrone (+ nel 1314); Giacomo d'Arena; Oltrado di Ponte Lacedense (+ 1335); Biagio Paccona (+ dopo il 1340); Andrea Zaffo (+ nel 1340); Francesco Tigrino (+ nel 1370), Landolfo Crispano (+ nel 1372); Rainiero Arsendo + nel 1358); Sebastiano Napodano (+ nel 1362); Pietro Bellapertica (+ nel 1310); Riccardo Malumbra (+ nel 1334); Signorolo Omodeo (+ nel 1380); Niccolò Mattarelli; Giacomo Butrigario; Nicola Spinelli (+ nel 1400); Riccardo Saliceto (+ nel 1400); Alberico de Rosata (1354).

conneto, Tilio, Miraeus, Eg. Baro, Franc. Connano, Franc. Duareno, Franc. Balduino, Antonio Contio, Lud. Russardo, Hotomanno, Caronda, Giac. Cujacio (m. nel 1590) Ugo Donello, Barnab. Brissonio, Pietro e Franc. Pitou, Pietro ed Antonio Fabbro, Gug. Marano,

---

Dal 1400 *sino al* 1500.

Raffaello Fulgosio, n. in Piacenza nel 1367, m. in Padova nel 1427. Fu maestro ed uno de' quattro avvocati del Concilio di Cnstanza. Pubblicò 243 *Consilia-Commentaria supra secundam partem Digesti veteris* (1499). *In D. Justiniani codicem commentariorum* tom. I. ec. (1547). *Consilia posthuma criminalia, feudalia, et testamentaria* ec. (1607). *Opera Rubutica sive controversiarum et quaestionum Decades* IV (1613). *Repetitio super authentica ex causa codice de liberis praetermissis, vel exhaeredatis.* Vedi il vol. 8, de' Repetenti: ediz. Ven. del 1608.

Paolo de Castro, n. in Castro, m. in Padova nel 1436, dopo aver insegnato dritto in molte città italiane. Le sue opere stampate più volte nel 1500, furono raccolte in Lione nel 1583 in 8 vol. in fol.

Francesco Accolti, n. in Arezzo nel 1418, m. in Siena nel 1483; professò dritto in Bologna e in Ferrara.

Angelo Poliziano, n. in Montepulciano, m. nel 1494. Lavorò sulle Pandette nel Codice di Firenze. E fu il primo che ridusse ad una metodica divisione tutto l'umano sapere nella sua opera intitolata *Paraepistomenom.*

Andrea Alciati, n. in Alzate, terra del Milanese, nel 1492, m. in Pavia nel 1550. Rinnovò lo studio della giureprudenza, accoppiandola colla storia, colla critica, con l'archeologia, colle lingue, e colla filosofia

Giasone Maino n. in Pesaro nel 1435, m. nel 1519. Le sue opere furono raccolte in 9 vol. in fol. (Lione, 1536; Venezia, 1590).

Filippo Decio n. in Milano nel 1454, m. in Siena nel 1535 — Tra le sue opere sono da mentovare i *Consilia*, Venez. 1581 — *De Regulis Juris* in fol. Anche Lancellotto, suo fratello, ebbe fama di buon giureconsulto.

Matteo de Afflictis, nato in Napoli nel 1448, m. nel 1528; scrisse sul dritto romano, napoletano e feudale.

Carlo Sigonio, n. nel 1524 in Modena, m. nel 1584. Fra le sue opere son degne di menzione le seguenti: *de antiquo iure civium romanorum — de antiquo iure Italiae, de antiquo iure provinciarum — de binis comitiis, et de lege curiata.*

Guido Panciroli n. in Reggio nel 1528, m. nel 1599 — Fra le sue opere giuridiche citiamo le seguenti: *De Claris iuris interpretibus — De Magistratibus municipalibus et corporibus artificum = Thesaurus variarum lectionum utriusque iuris.*

Nella stessa età vissero ancora i segnenti: Alessandro de Imola (+ nel 1477); Alfano de Perugia; Giacomo Alvarotto (+ nel 1453); Angelo Aretino (+ dopo il 1451); Angelo de Periglis (+ nel 1446); Bulgarino (+ nel 1497); Pomponio Leto (+ nel 1498; Felino Sandeo (+ nel 1503); Panfilio Mollo; Enrico Baila; Bartol. Baldinotto; Baldo Bartolino; Baleatia; Bartolommeo Socino (+ nel 1507); Mariano Socino (+ nel 1556); Ledovico Bolognino (+ nel 1508); Aniello Arcamone, (+ nel 1510); Ottaviano de Martini (+ nel 1521); Scipione de Gennaro (+ nel 1522); Alessandro d'Alessandro (+ nel 1523); Ippolito de Marsiliis (+ nel 1525); Roberto Maranta (+ nel 1530); Nicolò de Vicariis (+ nel 1530); Mario Salomonio (+ nel 1530); Carlo Ruino (+ nel 1530); Pietro Paolo Parisio (+ nel 1520); Francesco Feniceo (+ verso il 1534); Antonio Palmieri (+ nel 1540); Giacomo, Agostino e Vincenzo Niffo; Niccolò Giannetto Mondragone (+ nel 1554); Galeazzo Florimonte (+ nel 1567); Giov. Franc. Scaglione (+ nel 1570); Sigismondo Loffredo (+ nel 1540); Giov. Troisi (+ nel 1556); Girolamo Cagnolo (+ nel 1551); Cesare Lambertino (+ nel 1550); Pietro Follerio (+ nel 1555); Vito Pisanello (+ nel 1559); Silvestro Altobrandino (+ nel 1558); Prospero

Dion. e Giac. Golofredo, Pietro ab Area Baudoza, Giov. a Costa, Edm. Merillio, Annib. Fabroto, Alteserra, Aug. Menagio, Pothier.

Ne' Paesi Bassi noi troviamo dal secolo XVI una numerosa scuola di giuristi, che si applicarono con ispeciale alacrità alla parte

---

Caravita (+ nel 1580); Cesare de Ursillo (+ nel 1580); Giulio Claro (+ nel 1580); Egidio Bossio (+ nel 1590); Marco Mantua (+ nel 1572); Giov. Claudio; Ugo Buoncompagno (+ nel 1585); Tiberio Deciano (+ nel 1581); Antonio Lauro (+ nel 1520).

Dal 1500 sino al 1600.

Francesco Mantica n. in Udine nel 1534, m. nel 1614. Sono celebri le sue opere: *de conjecturis ultimarum voluntatum; Lucubrationes de tacitis et ambiguis voluntatibus.*

Giacomo Menochio, n. in Pavia nel 1532, m. nel 1607. Abbiam di lui: *de adipiscenda, retinenda et recuperanda possessione* (1606, in fol.) *De praesumptionibus, conjecturis — De arbitrariis iudicum quaestionibus.*

Alberico e Scipione Gentili. Il primo nacque in S. Ginesio nella Marca d'Ancona nel 1551, morì in Oxford nel 1611, nella cui Università insegnò dritto dopo aver pubblicato più opere. Il secondo ebbe cattedra di dritto romano in Altorf, ove morì nel 1616. Fra le sue opere si noverano i suoi trattati: *de donationibus* (1604), e *de erroribus testamentorum* (1699).

Sono pure da mentovare i seguenti:

Giov. Donato Fina (+ dopo il 1600); Filippo Saraceni; Prospero Farinacio (+ nel 1618). Scrisse, tra gli altri lavori, un Repertorio *de contractibus et de ult. volunt*; un trattato *de testibus*. ed una *Teoria* e *Pratica Criminale* che ancor oggi è pregiata. Luca di Penna (+ nel 1625); Antonio Fabro di Brescia (+ nel 1624); Francesco d' Andrea (+ nel 1698); Carlo Tappia. Giov. Batt. de Luca (+ nel 1683).

Dal 1600 sino al 1700.

Francesco Rapolla, n. nel 1701 in Atripalda, m. nel 1762. Le sue migliori opere sono: *De iureconsulto sive de ratione discendi interpetrandique iuris civilis* lib. II.; *Difesa della giureprudenza*; *commentaria de iure regni Neapolitani in ordine redacto.*

Giov. Vincenzo Gravina, n. in Roggiano nel 1664, m. nel 1717. La più compiuta ediz. delle sue opere è quella che fece tra noi il Sergio nel 1756 e 1758 — Le più pregiate son queste: *Specimen prisci iuris — De recta in iure disputatione — Institut. iuris civilis recentioris* lib. 4. — *De ortu et progressu iuris civilis* lib. III. — *De instauratione studiorum — De Romano Imperio.*

Giuseppe Averani, n. in Firenze nel 1662, m. nel 1738. La migliore sua opera è quella che ha per titolo: *Interpretationum iuris*, lib. II. Lugd. 1716.

Donato Antonio d'Asti, n. in Bagnoli nel 1673, m. nel 1742 — È notissima la sua opera intitolata: *Dell' uso ed autorità della ragion civile nelle province dell' Impero Occidentale dal dì che furono inondate da' barbari sino a Lotario II*, div. in 2 lib. Nap. 1720 e 1722.

Giambattista Vico, n. in Napoli nel 1670, m. nel 1744. — Tra le molte sue opere, le più celebrate e meritamente ammirate sono queste: *De universi iuris uno principio, et fine uno — De Constantia Jurisprudentis — Principii di una scienza nuova. Annotazioni a' principii di una nuova scienza — De antiquissima Italorum sapientia.*

Guido Grandi, n. in Cremona nel 1671, m. nel 1742 — Fra le sue opere si novera quella che ha per titolo: *Epistola de Pandectis.*

Leopoldo Guadagni, n. in Firenze nel 1705, m. nel 1785. Fra le molte sue opere le principali sono: un *Comento sulle Istit. di Giustiniano — Exercitationes in ius civile* (Pisa, 1760, 3 vol. in 4); una *Dissertazione* sul MS. delle Pandette Fiorentine ne' *Symbolae Litterariae* di Gori.

Giuseppe Cirillo, n. in Grumo nel 1709, m. in Napoli nel 1776. Scrisse più o-

filologica e storica della giurisprudenza romana. Fra i tanti, son degni di menzione: Viglio ab Aytta Zuichem, Gebr. Mudaeus, Errico Agylaeus, Giacomo Raevardus, Giov. de Sande, Uh. Giphanius, Siccama, Ugo Grotius, Merenda, Sim. van Leeuwen, Arn. Vinnio, Ulr. Huhero. Giov. Voet, Giac. Perizonius, Corn. van Eck, Gerardo Noodt, Ant. Schulting, Errico Breneman, Giorgio d' Arnaud, Giov. Ortw. Westenberg, Corn. van Bynckershoek, van de Water, Balth. Branchu, Abrah. Wieling, Giacomo Voorda, Eberhard Otto, VV. O. Reitz, Ger. Meermann, Erm. Cannegieter, Err. Trotz.

Fra i civilisti spagnuoli e Portoghesi son degni di menzione: Antonio Goveano, Antonio de Quintanaduennas, Ios. Altamiranus y Velazquez, Ant. Perez, Ant. Augustinus, de Retes, Ramos del Manzano.

§. 42.

In Germania.

Anch' essa la Germania s' ebbe dal secolo XVI i suoi scrittori giuridici, i quali spesero le loro cure con buon successo in restituire il testo delle sorgenti, e nel trattare il puro dritto romano. Fra questi meritano di esser nominati: Gregorio Haloander, Ulr. Zasius, J. Sichard, Giov. Fichard, J. Leunclajus, o Leunclavius, Erm. Vultejus, Reinh. Bachovv von Echt, J. J. Wissenbach. Ma nella speciale condizione del dritto in Germania vuolsi trovare la naturale spiegazione di ciò, che ivi la più parte delle forze scientifiche adoperarono sulla parte pratica del dritto romano. Imperocchè, la speciale condizione del dritto romano verso le indigene sorgenti del dritto germanico, dovea far sentire il bisogno di una elaborazione di così eterogenei elementi giuridici per fonderli in un tutto mercè l' intermezzo di una dottrina non discorde colla pratica del foro : tanto più che, attesa la interna divisione politica della Germania, mancava allo svolgimento del dritto pressochè interamente un centro comune. La legislazione dello Stato si occupava raramente degli oggetti del dritto civile. Il potere legislativo ne' singoli territori era, gli è vero, più attivo sotto questo rapporto; ma spesso, dando de' risultamenti per nulla conformi, recava sempre più confusione in mezzo alle incertezze della giureprudenza. Anche alla formazione di un comune diritto consue-

---

pere; fra le pubblicate e migliori in materia di drillo civile noveriamo le seguenti: *Ad libros IV. Instit. civilium commentarius perpetuus*; *Commentaria de conditionibus et demonst. — de legatis* etc. stampate in Napoli da Ursini, 1781.

Alessio Mazochi, n. in S. Maria di Capua nel 1684, m. nel 1771 — Ved. il catalogo delle sue opere nelle *Vitae Italorum* del Fabbroni tom. 8.

Nella stessa età vissero anche i seguenti giureconsulti :

Giuseppe Toscano Mandatorizio, autore dell' opera pregevole, che ha per titolo : *de causis romani iuris* ; Basilio Giannelli (+ nel 1716); Niccola Capasso (+ nel 1745); Gaetano Argento (+ nel 1730); ma la fama de' prelodati oscurò la nominanza di questi e di moltissimi altri. *Il Trad.*

tudinario in Germania contrapponevansi speciali difficoltà politiche. Quindi era dato soltanto alla pratica del foro il potere unire i molti ripugnanti elementi del dritto romano e del germanico. E ciò non potea per niun altro modo seguire se non coll' aiuto e coll' immediata cooperazione della dottrina. Di quindi la predominante e puramente pratica tendenza della maggior parte degli scritti di quel tempo che trattano del dritto romano. Ora contenevano dissertazioni su teorie, secondo le quali codesto dritto poteva essere nel foro adattato alle relazioni del giure germanico nel modo più conveniente; ora porgevano esperienze e casi di dritto osservati effettualmente nella vita giudiziaria, per così indicare come un dato rapporto fosse stato giudicato in realità: ora finalmente facevano a un tempo l' una e l' altra cosa. Da ciò torna chiaro il perchè molti di que' pratici scrittori dovettero pervenire nel foro ad una stima così straordinaria, che si accordò in parte alle loro teorie un' autorità maggiore, che non agli apotegmi delle stesse sorgenti. Il che spezialmente intervenne a que' scrittori, che per la loro individuale condizione aveano per lo più opportunità di potere apprendere il meglio che si potesse lo stato vero del dritto in molti paesi della Germania. Chè, con una esperienza così estesa, tornava facile ad essi più che ad altri lo scovrire que' punti su cui la pratica giudiziaria era la medesima per tutt' i luoghi, e si presentava così come una *comune pratica tedesca*. In questa felice condizione si trovavano specialmente i professori di dritto nelle università tedesche, siccome membri de' tribunali degli sciabini (*Schöppenstühle*) e dei collegi di giuristi, a'quali dalle diverse contrade della Germania eran inviate a discutersi quistioni già sorte in alcun piato forense. Ed in questa condizione ancora ed in un grado alquanto più eminente erano que' pratici scrittori, i quali come assessori ne' tribunali dell'impero, specialmente nella Camera Imperiale, avevano il destro di conoscere la pratica giudiziaria che vi dominava, la quale, attesa la posizione di cotai tribunali superiori alle altre corti territoriali, molto efficacemente poteva.

E, nel fatto, era questa l' unica via, per cui la pratica de' diversi tribunali della Germania, così dubbiosa dapprima, poteva acquistare una certa uniformità. Ma, d' altra parte, non bisogna obbliare che questo sforzo, specialmente dall' ultima metà del XVIII secolo, prese una direzione che nè alla teoria nè alla pratica fu giovevole. Poichè gran parte di quel che facevasi a questo modo valere come una comune pratica tedesca, si fondava su di mere equivocazioni ed errori divenuti tradizionali; epperò non aveva la natura di un vero dritto consuetudinario introdotto mediante l' uso del foro. Oltrecciò, con grande arbitrio principî e teorie discostantisi dal puro dritto romano aveano corso come pratica generale, avvegnacchè non avessero nulla di comune, ma si fondassero su particolari usi del foro; sicchè spesso teorie discordanti tra loro veniano spacciate come universalmente ammesse e riconosciute.

In su lo scorcio del secolo XVIII un fervido e scientifico spirito

venne a ravvivare lo studio del dritto romano, promosso segnatamente per opera de' nuovi sistemi filosofici, i quali drizzarono le menti anco alla buona trattazione del dritto, sotto il rapporto storico e filosofico. Per il che s' ebbe questa convinzione, che gli svariati errori tradizionali di prima non meritavano di essere riconosciuti come dritto romano, e neppure come preteso dritto germanico. Per giunta, la scoverta di molte nuove e sino allora sconosciute sorgenti giuridiche che già esistettero prima e dopo di Giustiniano, conferì a vivificare lo studio storico del dritto, e mediatamente all'acquisto di una notizia più ragguagliata delle leggi giustinianee. Nè l' essersi esclusa a poco a poco, per la pubblicazione di nuovi codici in molti paesi tedeschi, la diretta applicazione del dritto romano, come dritto comune, è tornato nocevole allo studio ulteriore di esso, come fu spesse volte temuto e pronosticato. Perciocchè il dritto romano ha primamente, per noi e per tutt' i tempi, i suoi pregi scientifici, che mai può perdere; in secondo luogo ha mediatamente un valore pratico, quantochè forma sempre il fondamento, anzi è il principal contenuto dei nuovi e particolari codici d' Alemagna. Anche quella separazione che minacciò per qualche tempo di farsi così profonda tra la scuola detta storica ed i suoi oppositori, è pure oggidì pressochè in tutto scomparsa; essa riposava in fondo sovra un' idea mal compresa; ora bene spiegata. E pure è riuscita benefica nelle sue conseguenze; chè, se nella detta elaborazione del dritto romano gli uni seguirono un indirizzo diverso da quello che gli altri presero, e tutti con isspeciale sollecitudine, questa diversità è non meno naturale che utile. Finalmente per ciò che concerne i conati di molti nostri dotti giuristi, desiderosi di ridurre il dritto germanico, e in ispecialità lo alemanno, in una condizione degna di esso, teoricamente e praticamente diciamo che essi meritano di essere plauditi e reputati anche dagli amatori del dritto romano come un' assai grata apparizione. Poichè, a giudicar rettamente, in queste opere non solo non vi trovi alcuna opposizione di sorta col dritto romano, ma piuttosto vi si riconosce una verità, la quale è, che unicamente da un' adeguata elaborazione di que' due elementi, a cui fin da secoli si appoggia la nostra giureprudenza in Germania, è da aspettare progresso vero per la scienza, non meno che per la pratica vita.

Da ultimo, ecco i nomi de' più celebri scrittori tedeschi sul diritto civile romano. Essi sono, e tra questi ancor quelli che morirono nel XVII secolo: J. Harpprecht, Chr. Besold, J. Meier, Ben. Carpzov, Fr. Brummer, Dav. Mevius, Jo. Brunnemann, Wolfg. A. Lauterbach, G. Ad. Struve, Joh. Strauch. De'morti nel XVIII secolo : J. Schilter, Joh. Nic. Hert, Sam. Stryk, Bernh. Heinr. Reinold, Chr. Thomasius, W. Hier. Gundling, Joh. Heinr. von Berger, Christ. Wächtler, Christ. Gottfr. Hoffmann, Joh. Sal. Brunnquell, Joh. Gottl. Heineccius, Joh. Balth. von Wernher, Job. Pet. v. Ludewig, Joh. Friedr. Hombergk zu Vach, Franz Carl Conradi, Just. Henn. Böhmer, Chr. Heinr. Eckard, Chr. Gottl. Schvvarz, Augustin v. Leyser,

Sam. v. Cocceji, Joh. Aug. Bach, Gottfr. Mascov, Ge. Christ. Gebauer, Ge. Chr. Hamberger, Joh. Dan. Ritter, Carl. Ferd. Hommel, Chr. Fr. Ge. Meister, Ernst Mart. Chladenius, Joh. Aug. Hellfeld, Joh. Ludvv. Conradi, Fr. Es. v. Pufendorf, Dan. Nettelblatt, Chr. Gottl. Richter, E. Chr. Westphal, Carl. Chr. Hofacher, Joh. Ludw. Ernest. Püttmann, Joh. Gottfr. Sammet, Ge. Ludw. Böhmer, Ludw. Jul. Fr. Höpfner, Carl. Fr. Walch. De' già morti nel secolo XIX (poichè i viventi appartengono al presente, e non alla storia letteraria, sono da nominare i seguenti): G. Aug. Spangenberg, Ph. Fr. Weis, Joh. Christoph Koch, Franz Schöman, Gottl. Hufeland, Joh. Ant. Ludw. Seidensticher, Adolph Dietr. Weber, Aug. Corn. Stokmann, Chr. Gottl. Haubold, Carl. Fr. Christ. Wenck, Jul. Fr. Malblanc, Albr. Schweppe, Chr. Fr. Glück, Siegm. Wilh. Zimmern, E. Spangenberg, Ferd. Mackeldey, Joh. Nep. v. Wening Ingenheim, Jov. Paul. A. v. Feuerbach, Chr. G. W. Cramer, Walt. Fr. Clossius, Joh. Friedr. Ludvv. Göschen, C. A. D. Unterholzner, Clem. Klenze, Ed. Gans, Ant. Fr. Just. Thibaut, Joh. Chr. Hasse, Hasse il giovane, Puggè, Ferdin. Kämmerer, Konopak, G. Hugo, G. F. Puchta, W. Sell, C. F. Mühlenbruch, C. O. v. Madai, Egidio v. Löhr, J. Christiansen, Errico v. Meyerfeld, G. E. Heimbach, Arn. Heise, v. Buchholz, J. A. Seuffert, E. Schrader, F. A. Biener, W. Girtanner, F. Hänel, Ed. Chambon, C. J. Guyet, F. L. v. Keller, L. G. A. Pernice, Brakenhöft, C. F. v. Savigny.

§. 43.

Il Corpus juris civilis.

Viene al presente il conchiudere le notizie storico-letterarie sin quì sposte con alcuni cenni generali intorno al nome, alla forma ed alla disposizione del nostro *Corpus juris civilis*.

Il nome di *Corpus juris civilis*, con cui suolsi indicare tutt'i Codici di Giustiniano, è oramai divenuto tecnico ed universale posciachè Dionigi Gotofredo, nel 1583, lo pose per la prima volta come titolo alla sua edizione delle raccolte giustinianee. Lo si adopera sovrattutto per distinguerlo dal *Corpus juris canonici*. Intanto, questo medesimo nome fu talvolta ancor preso in una simigliante accettazione, specialmente da' glossatori.

Sotto il rapporto legislativo le tre diverse raccolte di Giustiniano, le Istituta, le Pandette e 'l Codice delle costituzioni, colle loro naturali addizioni, cioè le novelle, formano incontestabilmente un sol tutto. Non altrimenti le considerarono i glossatori, i quali divisero tutte queste raccolte in cinque volumi, *volumina*, distinti da particolari colori, e ciascuno s' ebbe un nome speciale.

I tre primi volumi si riferivano alle Pandette, ed eran detti *Digestum vetus*, *Infortiatum*, e *Digestum novum*. Il *Digestum vetus* comprendeva le pandette sino al libro XXIV, tit. 2 inclus. e si chiudeva

perciò col titolo *de divortiis et repudiis*. La seconda parte, cioè l' *Infortiatum*, cominciava dal III titolo del libro XXIV (*soluto matrimonio dos* etc.) e si estendeva sino al libro XXXVIII tutto compreso. Finalmente l' ultima parte, col nome di *Digestum novum*, cominciava dal libro XXXIX ed iva sino al termine delle Pandette. Ognuna di queste tre parti si suddivide altresì in due *partes*. L' *Infortiatum* ha pur esso una terza *pars*, che vien nominata le *tres partes*, poichè comincia colle parole « *tres partes ferant legatarii*, in mezzo ad una frase della *lex 82, ad legem Falcidiam* (XXXV, 2). Intorno al nome ed allo scopo di questa partizione, specialmente sul nome *Infortiatum*, se fu adoperato per caso, o per una particolare circostanza, si è non poco disputato.

Il quarto volume, indicato specialmente col nome di *Codex repetitae praelectionis*, contiene il Codice delle costituzioni; ma i primi nove libri senza più; il che si spiega perchè da principio sol questi erano conosciuti; gli altri tre si scovrirono più tardi. Ciò può ancora spiegarsi in altro modo, ed è che i copisti reputarono questi ultimi libri meno importanti pel dritto privato, e quindi li tralasciarono.

Il quinto volume, *volumen*, senz' altro, così detto attesa la varietà del suo contenuto, e per la piccola sua mole appellato eziandio *volumen parvum*, abbracciava tutto il rimanente, cioè, indipendentemente da alcune addizioni estranee da toccare in progresso, le Istituta, il *liber authenticarum*, ch' è quanto dire le Novelle, e i *tres libri*, cioè gli ultimi tre libri del Codice.

Questa divisione in cinque *volumina* si trova eziandio nelle più antiche edizioni. Ma si seguì più tardi un' altra disposizione, mercè cui i Codici di Giustiniano si ordinarono così: le Instituzioni, le Pandette, il Codice, e le Novelle.

Del resto, si cominciò assai per tempo ad aggiungere parecchie appendici a' libri di Giustiniano, in parte molto eterogenee: le si trovano nel maggior numero dell' edizioni del *Corpus juris*. Queste sono: I tredici così detti *Edicta* di Giustiniano, i quali, propriamente parlando, sono novelle di questo imperatore; ma, per cagion del loro obbietto, offrono un interesse meno generale; stantechè hanno piuttosto una natura particolare, come quelle che son limitate pel distretto di una provincia o di una città; cinque costituzioni dell' imperatore Giustino il giovine — molte costituzioni dell' imperatore Tiberio il giovine — una serie di altre costituzioni di Giustiniano, Giustino e Tiberio — 113 novelle dell'imperatore Leone — una costituzione dell' imperatore Zenone — una quantità di costituzioni di più altri imperatori sotto un titolo comune (*imperatoriae constitutiones*) — *canones Sanctorum et venerandorum apostolorum* — *libri feudorum* — alcune costituzioni di Federico II. — due ordinanze dell' imperatore Errico VII, dette *extravagantes* — *liber de pace Costantiae*. Alcune edizioni del *Corpus juris* contengono altre aggiunte, per es. i frammenti delle XII tavole, dell' editto pretorio, etc.

§. 44.

Edizioni e versioni di tutto il Corpus juris civilis.

Le molte edizioni del *corpus juris civilis* si dividono in due classi; l'una per quelle glossate col testo, l'altra per quelle che non hanno veruna chiosa.

I. L'edizioni *glossate* più pregevoli, e degne di essere mentovate sono le seguenti:

1) *Lugduni apud Sennetonios fratres.* 1549 e 1550, 5 vol. in f.

2) *Cura Antonii Contii.* Parigi, 1576, 5 vol. in folio.

3) *Cura Pet. ab Area Baudoza Cestii. Lugd.* 1593, 4 vol. in 4.

4) *Cura Jo. Fehii. Lugd.* 1627, 6 vol. in folio; ed è, quanto al tempo, l'ultima edizione glossata.

II. Fra le non glossate edizioni sono da mentovare:

1) Come la più antica, la parigina del 1527 in 12.

2) *Cura Ludov. Russardi. Lugd.* 1561 in 2 vol. in fol.; ristampata eziandio in Anvers. 1567, e pur quivi, 1570, in 7 vol. in 8.

3) *Cura Antonii Contii. Lugd.* 1571 e 1581, 15 vol. in 12.

4) *Cura Lud. Charondae. Anver.* 1575 in fol.

5) *Cum notis Dionys. Gothofredi. Ed. princ. Lugd.* 1583 in 4.

Fra le molte edizioni fatte da lui stesso e da altri, la migliore è quella pubblicata *cura Sim. van Leeuwen. Amst. 1663 in fol.* Del resto, vi son pure edizioni gotofrediane senza note, e, tra queste, la più comoda a consultare è quella degli Elzeviri, specialmente quella del 1663 e 1664 in 8.°, e ch'è indicata colle parole *pars secundus*, per cagion di questo errore di stampa appensatamente commesso. Ma non è vero che sia questo l'unico errore, che vi si trovi.

6) *Ex recens. Ge. Chr. Gebaueri, cura Ge. Aug. Spangerbergi.* Goetting. 1776-1797 2 vol. in 4.°

7) *Ex rec. J. L. G. Beck. Lips. 1825-1836.*

8) *Corp. jur. civil. recognoverunt Alb. et Maur. Kriegelii. Lips. 1833.*

9) Dell'edizione curata da Schrader con gran sollecitudine e critica, le sole Istituzioni sono comparse sinora. Berlino. 1832. 4.

III. Non tanto edizioni propriamente dette del vero *Corpus juris civilis*, quanto più tosto sistemi artificialmente ordinati per mezzo di una scelta raccolta di singoli brani del *corpus juris civilis*, formano le così dette *editiones reconcinnatae.* Tale si è l'opera che ha per titolo: *Eusebius Beger corp. jur. civ. reconcinnatum cum praefatione Senckenbergii.* Frcf. et Lips. 1768, tre volumi in 4.° Vi si può anche noverare in certo modo R. S. Pothier *Pandectae Justin. in novum ordinem dig. cet.* Par. 1748-1752, 1818-1821.

IV. Una tedesca versione si ha di tutto il *corpus juris*, per K. E. Otto, B. Schilling e C. F. Sintenis. Lips. 1830-1834, sette volumi in 8.°

§. 45.

Edizioni e manoscritti delle singole parti del corpus juris.

Gli è bene considerare i singoli codici di Giustiniano, quanto al loro destino letterario, e secondo l' ordine con cui son ora comunemente disposti.

I. Quanto alle istituzioni, se n' è conservato un numero di manoscritti più considerevole che non è quello delle altre parti del *corpus juris*. Nessun d' essi che ci rimane compiuto sembra fatto oltre al X secolo; i più sono del XIV e XV secolo. Soltanto un brano conservato nella biblioteca capitolare di Verona e che si compone di tre fogli in 4.°, par che sia del settimo secolo. Fra le varie edizioni delle Istituta meritano innanzi tutto di esser mentovate le seguenti :

Fra le glossate:

La *editio princ.* di Peter Schöffer di Gernsheim. Mogunt. 1468 in fol.

Fra le non glossate:

1) *ex rec. Greg. Haloandri*. Norimb. 1529 in fol.

2) *Cura Jac. Cujacii*. Paris. 1585 in fol.

3) *ed. Fr. Aug. Biener*. Berol. 1812 in 8.

4) *edd. C. A. C. Klenze et E. Boecking*. Berol. 1829 in 4. (in unione de' Comentari di Gaio).

5) *cura Ed. Schraderi*. Berol. 1832 in 4, e la stereotipa fatta puranche in Berlino, 1836 in 12.

II. Quanto alle pandette, si ha veramente una gran copia di manoscritti; ma questi non contengono per lo più che singole parti delle pandette, e non datano oltre il secolo duodecimo. Se non che, nell' esemplare di Firenze abbiamo un manoscritto antichissimo e compiuto, il quale, sebbene non sia, come credettero i glossatori, del secolo di Giustiniano, sembra poter essere in ogni caso attribuito al settimo secolo. Esso trovavasi in Pisa sino al 1406, d' onde fu portato in Firenze. Quindi il duplice nome di *litera Pisana* e *Florentina*. Da questo manoscritto confrontato verosimilmente con molti altri che poscia si perderono, e che, come pare, avevano pure il loro pregio, si sono formati i così detti *Vulgati manoscritti* in contrapposto de' *Florentina. Litera communis S. Bononiensis.*

Fra le edizioni delle Pandette meritano di essere mentovate le seguenti, come le preferibili a tutte le altre.

1) *ed. princ.* (con la glossa) *Digestum vetus*. Perug. per Henr. Clayn. 1476 in fol. — *Infortiatum, Romae per Vitum Pücher*, 1475 in fol. — *Digestum novum per Vitum Pücher. Rom.* 1477. in fol.

2) *ex rec.* Greg. Haloandri. Norimb. 1529 in 4. (senza glossa) *Lectio Haloandrina s. norica.*

3) *cura Laelii et Francisci Taurelliorum*. Flor. 1553 in fol. (senza glossa).

III. Per quel che concerne al codice delle costituzioni, noi non abbiamo verun manoscritto, che si possa ragguagliare per antichità e

per merito con quello di Fiorenza. I manoscritti del Codice sembrano in parte distesi con molta trascuranza. Spesso non solo le *inscriptiones et subscriptiones* differenziano, ma, ch' è più, vi mancano non di rado constituzioni intiere, in ispezialità le greche, le quali forse riescivano inintelligibili a' copisti. Solo per le cure de' glossatori il testo del codice si è alquanto restaurato, e solo anche più tardi, specialmente nel XVI secolo, molte costituzioni, per mezzo delle greche raccolte, massime delle Basiliche, furono tornate alla loro integrità da Augustino, da Caronda, da Cuiacio e da Conzio. Queste così dette *leges restitutae* sono in tutto riconoscibili come manchevoli od almeno difettose nella iscrizione e soscrizione nell'edizioni del *corpus juris*, ove le si trovano. E molte altre verosimilmente pur mancano. La ragione, per cui la più parte de' manoscritti del codice contengono unicamente i nove primi libri, va spiegata con ciò che abbiam detto più sopra.

Fra l' edizioni del Codice sono da mentovare:

1) la (glossata) *edit princ.* (pe' primi nove libri) *Mogunt. per Petr. Schoyffer de Gernsheym.* 1475 in fol. (per i tre ultimi libri) Rom. *per Vitum Pücher.* 1476, in fol.

2) *ex rec. Grec. Haloandri.·Norimb.* 1530, in fol.

IV. Finalmente, quanto alle Novelle, la storia della loro compilazione e la circostanza che esse non furono riunite da Giustiniano in una raccolta officiale, spiegano molto chiaramente il perchè patiamo sì gran penuria di antichi manoscritti compilati, e perchè parecchie novelle si scovrirono ben tardi, di mano in mano e spicciolatamente. A questi fatti storicamente provati, ed a' posteriori destini delle novelle sotto i successori di Giustiniano si connette puranco ciò, che le collezioni manoscritte, che noi abbiam di esse, così sotto il rapporto del numero delle novelle che contengono, come per rispetto della lingua, in che furono distese, molto si differenziano fra loro. In fatto vi ha, indipendentemente dal compendio latino, *epitome novellarum* di Giuliano, una collezione orientale di 168 novelle in lingua greca, ed un' altra di 134 novelle scritte in latino, e fatta in occidente. I glossatori si attennero a quest' ultima, siccome dicemmo più sopra — (§. 40).

Fra le edizioni delle novelle sono mentovabili:

Come glossata la *Editio princeps. Romae per Vitum Pücher*, 1476, in fol. (in unione cogli ultimi libri del Codice). Essa contiene le 97 *receptae novellae* dell' *authenticum*, oltre alcune *authenticae extravagantes*, e non altro che il solo testo latino della *versio vulgata*.

Come edizione non glossata: 1) *graece et latine cura Greg. Haloandri;* Norimb. 1531, in fol.

2) *graece cum novellis Leonis et Iustiniani edictis XIII, ex rec. Henr. Scrimgeri* Ginev. 1558, in fol.

3) *ed. Contii.* Paris, 1559, in fol.

4) *Novellae constitutiones ex graeco in latinum conversae et notis illustratae a J. F. Hombergk zu Vach. Marb. 1717. 4.*

5) Una nuova edizione delle Novelle ricca di molte critiche au-

notazioni di *G. E. Heimbach*. è comparsa in Lipsia nel 1851 sotto il nome di *Authenticum*.

§. 46.

De' diversi modi di citare il dritto romano giustinianeo.

Dacchè nel medio evo si riaccese lo studio scientifico del dritto romano, le collezioni di Giustiniano sono state citate e nominate non solo come parti di tutto il *corpus juris*, ma pur come opere indipendenti. Ma il modo di citazione è stato più volte mutato, ed anche in questi ultimi tempi si è per varie guise cercato di migliorarlo e di renderlo più semplice.

I. Per indicare le Istituzioni, i glossatori si servirono delle seguenti abbreviazioni: *inst.* — *ist.* — *instit.* — *institu.* Oggi la più comune designazione è: I. o *Inst.*

Per la indicazione delle Pandette, o del Digesto, i glossatori e i loro successori si servivano ora di un P o p o π, ora di un D, o di un ff; il quale ultimo segno sembra un D intrecciato.

Per indicare il Codice, in ogni tempo si usarono delle abbreviazioni *C.* o *Cod.* Quando è mestieri distinguere il codice Giustinianeo dal Teodosiano, il primo si cita così: *C. J.* o *Cod. Iust.* l'ultimo, *C. Th.*, o *Cod. Theod.*

Le novelle ci citavano da' glossatori col nome di *Authenticae* con l'abbreviazione: *auth* o *aut*, o *authent*. Oggi le si citano col nome di Novelle con un *N* o con un *Nov.* Le novelle emanate prima e dopo di Giustiniano si distinguono da quelle di lui, aggiugnendo sempre alla loro citazione il nome dell'imperatore che le diè fuori: per esempio, *Nov. Valentiniani*, *Nov. Leonis*.

II. Per dinotare i diversi titoli delle istituzioni (1), delle pandette e del codice, in cui si trova il luogo da citare, si nominò per gran tempo, dietro l'esempio de' glossatori, la rubrica del titolo, per es. *inst. de rerum divisione* — D. *de peculio*. Questo modo era allora tanto più naturale, quantochè i singoli titoli non erano numerati così esattamente, come sono a'dì nostri. Ne'tre libri poi delle pandette, i quali si offrono senza altra divisione di titoli, sotto una medesima rubriga : *de legatis et fideicommissis* (lib. XXX-XXXII) li si distinguono,quando si ha a citarli, per mezzo de'numeri aggiunti, per es. *de legatis* III. In questi ultimi tempi molti preferiscono di allegare il titolo per mezzo del numero del libro e del titolo, per es. *Inst. 1. 2.* o *Dig. XV, I.;* altri han conservato la citazione con la rubrica del titolo. A dir vero, ci ha delle ragioni in giustificazione di questi due metodi. Si può dire, in favore del primo, che non di rado la semplice citazione della rubrica di un titolo riflette ancor essa non poca luce sul brano che se

(1) Vuolsi notare che non tutte l'edizioni delle Instituta hanno un egual numero di titoli. Molte specialmente riportano nel 3.° libro, 29 titoli, altre 30. Ciò si spiega perchè il titolo 7 *de servili cognatione* che si trova in molte edizioni, forma in altre l'ultima parte del titolo *de gradibus cognationis* che immediatamente lo precede.

ne cita e sul vero suo senso. Per tal modo si viene altresì in più familiarità con tutta l'economia, con tutto il sistema delle raccolte di Giustiniano, il che bene importa per farsi più addentro allo spirito di esse, ed agevola assaissimo l'uso delle citazioni che si trovano nella glossa e negli antichi scrittori, che seguirono questo metodo; mentre il difetto d'abitudine colle rubriche de' titoli rende assai molesto il riscontro di siffatte citazioni. Finalmente nella citazione della rubrica di un titolo non è così facile, come nell'uso de' numeri, di cadere in errore. Pel secondo metodo si può allegare la sua grande semplicità. Arrogi, che le parole delle rubriche de' titoli non sono le stesse in tutt' i manoscritti ed edizioni; nè lieve è la difficoltà colla quale si ha da lottare per riscontrare alcun luogo, massime al principio, sino che non si acquisti l'abito a conoscere l'ordine de' libri e de'titoli. Si potrebbe forse accettare, in questo stato di cose, l'unione de' due metodi già tentata da molti, per guisa che con la rubrica si citino pure i numeri del libro e del titolo, e per tal modo con poco uso di tempo e di spazio approfittare di entrambi i metodi. Per es. Inst. II, 1. *de rerum divisione* o *Dig. XV. 1. de peculio*. Non si può inoltre riprovar l'abitudine di citare, per più speditezza, le più lunghe rubriche de' titoli con abbreviazioni d'ogni maniera, sol che non s'ingeneri confusione con altre simili rubriche. Tali abbreviazioni si fanno ora citando le sole prime parole della rubrica, come per es. *de usuris*, invece della intera rubrica: *de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora:* ora, trascrivendo solo le lettere iniziali di certe rubriche, per es. D. de R. I. (*de diversis regulis juris antiqui*) — de V. S. (*de verborum significatione*).

III. Si è citato per gran tempo, ad imitazione de' glossatori, i testi particolari che compongono i titoli de' codici, col nome di *leges*, abbreviato così l, o L. In questi ultimi tempi molti chiamano ogni luogo particolare delle pandette *fragmentum*, abbreviando così: *fr.* o *fragm.*, ed indicano ogni luogo del Codice colla voce *constitutio* accorciata così: *C.* o *const.*

Ove poi, e ciò avviene spesso, il frammento o la costituzione si divida in picciole parti, specialmente in paragrafi, si cita pure quel brano del testo che rinchiude le parole che vi si trovano prima delle altre. Ma siccome dal tempo de' glossatori le piccole e grandi divisioni de' titoli non erano, come oggi sono, esattamente numerate, così fu mestieri di citarle colle parole che ne formavano il principio. Così si citava: *Inst., de rerum divisione*, §. *literae quoque*, o *D. de peculio, l. si noxali judicio* §. *quod autem*, ovvero *C. de pactis, l. pacta novissima*. Quando poi in uno stesso titolo si rinvengono più luoghi, che cominciano colle medesime parole, si aggiungevano a quelle parole iniziali anche i numeri 1, 2, 3 etc., per così indicare, il primo, il secondo, il terzo di que' brani che si fossero voluti citare. Gli ultimi o penultimi brani o paragrafi erano pure citati con l'abbreviazione *ult.* o *penult.* Facevasi ancor uso del segno I (*infra*) o S (*supra*) per accennare che si era avuto in mente un brano posteriore od an-

teriore dello stesso titolo, od un titolo anteriore o posteriore. Certo, quel primo modo di citazione mercè le prime parole del testo offre difficoltà grandi sino a che non siasi acquistato lungo abito ed uso co' codici. Il perchè lo si è posto in disuso, ed oggi si suole comunemente citare i singoli luoghi co' loro paragrafi per mezzo di numeri; per es. §. 33. *I. 11. 1. de rer. div.* — *fr. II.* §. *6. D. XV, l. de peculio* — *c. 3.* §. *1. C. VI. 43. communia de legat.*

Se in un titolo delle pandette o del Codice si trova un solo frammento, od una sola costituzione, tal luogo si cita così: *lex unica*. Per es. *c. un. C. VI. 51 de caducis tollendis*. Se devesi citare il principio (*principium*) di un titolo delle Instituzioni si usa l'abbreviazione *pr.* o *princ.*, per es. *pr. I. de nuptiis*. Le sole *authenticae* del Codice sogliono oggi comunemente citarsi colle prime parole, per es. *auth. sacramenta puberum* C. II. 28. *si adversus vend.* Al modo stesso si citano le costituzioni di Giustiniano, le quali, come atti di promulgazione o d'istruzione preliminare, sono state allogate in principio delle Pandette e del Codice; per es. *const. Haec quae necessario* — *const. Cordi nobis*.

IV. Per quel che concerne particolarmente le Novelle, le si citano oggidì in modo assai diverso dall'antico. Perocchè i glossatori ponevano dopo la voce *authent.* prima la rubrica del titolo, sotto cui la novella si trovava nelle loro collezioni, poi quel che oggi chiamiamo capitolo delle novelle, dandogli la denominazione ed il segno di paragrafo, e scrivendone le prime parole; finalmente anche la collazione, per es. *authent. de hered. ab intest.* §. *si quis coll. IX.* Ma oggi, dacchè nelle ordinarie edizioni del *Corpus juris*, le 168 novelle sono numerate per una serie che si prolunga per tutte le collezioni, si adopera una citazione più semplice; si cita, cioè, il numero delle novelle, del loro capitolo e del paragrafo. Per es. *Nov. 22. cap. 15.* Il principio e il fine, nelle novelle lunghe, sono indicati così: *praef.* (*praefatio*) ed *epil.* (*epilogus*).

V. È da pur dire qualcosa altra circa l'odierno modo di citare.

Se vuolsi solo citare la intestazione di un titolo si scrive *Rubr.* (*rubrum*) *tit.* con l'aggiunta della stessa rubrica; per es. *Rubr. tit. Cod. si quis aliquem testari prohibuerit, vel coegerit.* Quanto poi vuolsi in generale indicare che in un titolo intero si trovano più luoghi in comprovazione di ciò che si afferma, e che debbono prendersi tutti insieme, la citazione si fa per ordinario con queste parole: *totus titulus*, o *toto titulo*, così abbreviate: *tot. tit,*, o *t. t.*

Per contrario, quando si vuole richiamar l'attenzione su certe parole di un luogo determinato, alla citazione di esso si aggiugne: *verb.* o *in verbis*, con le parole che si vogliono dinotare, od almeno con quelle che vengono prima. I glossatori adoperavano per questo i segni *ver.* o *vers.* (*versiculo*, *versibus*).

Se un principio di dritto da provare non istà precisamente in un luogo del *corpus juris*, e lo si voglia sostenere unicamente per analogia ricavata da un altro luogo, quest'ultimo si cita coll'aggiunta: *ar.* o *arg.* (*argumento*).

PARTE SECONDA

IL DRITTO PRIVATO ROMANO NEI SUOI TRATTI FONDAMENTALI.

LIBRO PRIMO

PRINCIPII GENERALI SU I DRITTI, DIVERSE SPECIE, ESERCIZIO, SPERIMENTO E GARENTIA DI ESSI.

§. 47.

Idea e condizioni essenziali di ogni dritto.

Un dritto, *jus*, preso nel senso subbiettivo, è la facoltà riconosciuta e garentita dallo Stato, appartenente ad una persona sovra un determinato oggetto ed in virtù della quale, sotto un certo rapporto, questo oggetto è sottomesso, ora più ora meno, alla giuridica volontà di lei.

Per istabilire un dritto fa mestieri di tre condizioni:

In prima, un soggetto capace, cui venga il dritto attribuito;

Poi un oggetto, nel quale possa e debba risiedere il dritto;

In fine, un fatto determinato, cui l' acquisto del dritto si connetta secondo i principî fondamentali giuridici.

Tutte e tre le dette condizioni si determinano specialmente secondo la qualità di un dato dritto; onde è a dire sul proposito quel ch' è strettamente necessario là dove si tratta delle singole specie di questi dritti. Solo alcuni principî generali sull' acquisto e sull' estinzione de' dritti, la quale in parte è in istretto legame con esso, giacchè tali principî, più o meno, sono a tutti comuni, debbono quì trovare il loro luogo nel sistema.

§. 47. *a.*

Acquisto e perdita de' dritti in generale.

In generale così l' acquisto come la estinzione di un dritto presuppone, giusta il detto più sopra, sempre ed essenzialmente un fatto determinato, che produce quel giuridico effetto, il così detto fondamento dell' origine e della estinzione del dritto. Questo fatto consiste non di rado in un atto determinato di una persona, spesso eseguito con questo scopo. Ma cotesto giuridico effetto può aversi altresì da un altro fatto, che non si appresenta come atto, verbigrazia, dal trascorrimento di un certo tempo. Talvolta s' incontra e l' una e l' altra cosa.

Se ora ci facciamo a considerar gli atti, essi ci si offrono, quando però non siano al tutto giuridicamente indifferenti, o come legal-

mente permessi, o come legalmente vietati. Ma sempre, perchè siano considerati giuridicamente come veri atti di volontà, devono essere stati fatti da una persona, la quale non solo abbia, secondo i principî generali, capacità di agire e di volere, ma benanco quel grado di capacità di volere che le leggi richieggono per certe specie di atti giuridici affinchè producano alcuni effetti determinati.

Una specie di atti particolarmente importante si ha negli atti giuridici propriamente detti, *negotia;* cioè in quegli atti leciti, mercè i quali l'agente stesso si propone, come scopo, un certo cangiamento nei giuridici rapporti, sia che voglia fondarne uno nuovo, sia che intenda di conservare o modificare un altro già preesistente. Di quì la distinzione degli atti giuridici da quelli giuridicamente indifferenti, o legalmente vietati, ne'quali ultimi gli effetti giuridici, che ne derivano, sono al tutto indipendenti dalla volontà dell'agente. Inoltre questi atti giuridici, senza pregiudizio della loro indole generale, si distinguono in unilaterali e bilaterali. I primi si hanno quando, secondo la loro essenza, si fondano sulla manifestazione della volontà di una singola persona che li fece, come per es. i testamenti. Bilaterali, per contrario, sono quelli, che secondo la loro propria indole si eseguono col concorso della volontà di due o di più persone. Gli è questo il caso de'contratti.

Le due specie di atti giuridici possono, secondo il loro contenuto, limitarsi al loro scopo principale, come questo risulta di per sè dall' indole giuridica di un dato atto ; ma si può stipularli eziandio con l'aggiunzione di addizioni o clausole svariate, accidentali, ad arbitrio de' paciscenti. Fra queste addizioni tengono un luogo speciale le *conditiones*, nel proprio senso della parola. Esse consistono nell' aggiunta o menzione che si faccia di un avvenimento futuro, ancora incerto, e che, secondo la speciale natura dell' atto giuridico, non va inteso di per sè, e fino a che non succeda, deve restare in sospeso o nell' incertezza qualche parte dell' atto medesimo, vuoi il cominciamento, vuoi la fine di esso, secondo il volere degl'interessati; in altri termini, o tutta l' efficacia e la giuridica esistenza dell'atto fino al verificarsi dell' avvenimento deve differirsi, (la così detta *condizione sospensiva*); o l' atto giuridico, efficace sin dal principio, col verificarsi dell' avvenimento deve considerarsi come se non avesse mai esistito (la così detta *condizione risolutiva*). Quivi si distingue essenzialmente il *dies*, cioè l' addizione di un termine, di un futuro punto di tempo, sempre però da venire una sola volta, e venuto che sia non si fa dipendere da esso la giuridica esistenza e l' immediata efficacia dell' atto, ma sì bene il principio o la fine del rapporto giuridico che vi si fonda. Tanto dalla *conditio*, quanto dal *dies* si distingue un' altra clausola che può essere aggiunta a certi atti giuridici, detta *modus*. Se in generale un atto giuridico ammetta o no simili addizioni, e quali effetti si leghino all'aggiunta di proposizioni inammessibili, se tragga, cioè, dietro di sè la invalidità di tutto l'atto giuridico, o se quella sola addizione debbasi considerare come inesistente, ciò in parte dipende dalla specie particolare dell' atto.

Nell'antico dritto romano v'erano moltissimi atti giuridici, i quali per potere avere efficacia doveano sempre eseguirsi dalla propria persona degl' interessati; quindi non si ammetteva veruna rappresentanza. Nondimeno lo sconcio, che questa limitazione cagionava pel commercio, fu significantemente scemato riconoscendosi che l' avente una *potestas* potesse acquistar dritti per mezzo di persone soggette alla sua potestà. Nel nuovo dritto romano è, per contrario, ammesso, di regola, il poter fare un negozio giuridico anche per mezzo di liberi procuratori; solo per alcuni atti regolati da una teoria più rigorosa si fa una particolare eccezione.

§. 48.

Diversità e divisione de' dritti secondo il loro oggetto ed estensione.

La più generale e più spiccata divisione de' dritti e de' rapporti giuridici che ne dipendono, si è quella che vien fatta secondo il loro obbietto e secondo la loro estensione.

I. Secondo il loro *obbietto*, allorchè si domanda: in che consistono, su che sono diretti? Questo possibile obbietto del dritto può essere una persona, una cosa, od un atto.

A. I dritti, che ci competono su di una persona si dividono in due classi.

1) Dritti, che ci appartengono immediatamente sulla *nostra propria persona*, e van congiunti con essa — Di fatto, lo Stato riconosce in noi e protegge certe qualità personali così importanti, che la nostra capacità giuridica più o meno vien costituita da esse. Ed appunto perchè sulla comune ricognizione di queste nostre qualità si fonda la nostra persona, cioè la nostra personalità, e la capacità giuridica che trova in esso il suo sostegno, forza è dire che la nostra persona forma il proprio oggetto di questi dritti, e noi, chiedendo sien essi riconosciuti, chiediamo ancora il riconoscimento della *nostra persona*. A ciò si riferiscono sovrattutto, secondo il concetto romano, i dritti al riconoscimento del nostro *status*, della nostra *libertà*, della nostra *cittadinanza*, e della nostra qualità come membri di una famiglia, come *agnati*. Il nome di *jura status et familiae* è molto acconcio, ma no 'l si trova, come tecnico, adoperato ne' nostri fonti giuridici.

2) Dritti, che ci appartengono su di un'*estranea persona*, cioè su di un' altro uomo, il quale vien considerato non già come il *servus*, non al modo stesso che una *cosa*, ma effettivamente come persona; onde gli si vantano su di un libero uomo. Difatto, lo Stato riconosce e tutela certi rapporti di famiglia, per cui una persona ha un potere più o meno rigoroso, una signoria su di un' altra persona, *potestas*, per forma che la sua persona vien sottoposta in generale al dritto del capo. Che questo fosse stato anche il concetto che i Romani si formarono di que' poteri di famiglia, ce 'l chiarifica nel modo più evi-

dente l'espressione: *personae alieno juri subjectae*, con la quale vien indicato chi è soggetto al capo di famiglia. Si può dare a consimili dritti molto opportunamente il nome di *jura potestatis;* ma denominazione siffatta non si rinviene, come tecnica, nelle nostre sorgenti.

B. Oltre della persona, propria o straniera che sia, ancor esse le cose esterne, che non sono persone, possono essere obbietto de' nostri dritti; nel qual caso fanno parte del nostro patrimonio. Il che si può in duplice modo raffigurare.

1) Le *cose*, in senso stretto, *res*, possono essere obbietto de' nostri dritti, nel senso che quest' esse sono direttamente e immediatamente al nostro dominio ed alla nostra volontà giuridica più o meno sottoposte. Il perchè i dritti di questa specie si addimandano *jura in re*, dritti nelle cose. Quivi appartengono il dritto di proprietà ed i *jura in re aliena*.

2) Ma possono ancora *atti determinati* e *prestazioni di altre persone* formare obbietto del nostro dritto, in questo senso, che non cose determinate, ma solo quegli atti e prestazioni che noi, per nostro prò siamo autorizzati a pretendere da un' altra persona, sono sottoposte al nostro dominio ed alla nostra volontà giuridica. Da' dritti provvenienti da' poteri di famiglia più sopra descritti, quelli, di che parliamo, si distinguono in questo, che per essi non si costituisce imimmediatamente veruna potestà sulla persona, come tale, onde ci si offre come *juri nostro subjecta*. Anzi l' obbligato, nel caso che disaminiamo, indipendentemente da' singoli atti e prestazioni, che deve, rimane nella sua piena indipendenza, ed estingue tutto il dritto pel quale era obbligato sol che esegua la debita prestazione. Tali dritti che risguardano atti determinati e prestazioni di altre persone si chiamano *obligationes*. Ben si appellano altresì dritti personali, perchè in fondo sono i soli dritti, a'quali sempre ed essenzialmente corrisponde l' obbligo di una singola e determinata persona. Ed appartengono ai dritti di patrimonio, perchè simili dritti riguardano prestazioni, che pel creditore hanno un valore patrimoniale, e si risolvono necessariamente in una somma pecuniaria, come quella che universalmente rappresenta qualsivoglia cosa.

Che questi diversi dritti, a malgrado della loro interna diversità fondata sull' obbietto, sotto certo rapporto tra loro si confondono e scambievolmente si connettono, come per es. i *jura potestatis* anche possono indirettamente condurre a dritti di patrimonio, e perciò sotto un altro riguardo essere considerati come questi ultimi, ciò non contraddice alla divisione da noi fatta, poichè vuolsi in ciò vedere una conseguenza naturale di un vero, il quale è, che il dritto forma in generale un tutto organico, impossibile a concepire senza una simile generale connessione di tutte le sue parti.

I romani partono anch' essi dall' addotta divisione de' dritti quando distinguono tutte le mentovate specie secondo il nome e la cosa. Anche con ciò tien relazione il principio posto da' giuristi romani in testa di un de' loro più propagati sistemi, vale a dire, che

ogni dritto si riferisce alle *personae*, o alle *res*, od alle *actiones;* quindi è che tutt' i rapporti giuridici da discorrere sono divisi in tre classi principali, al *jus quod ad personas*, al *jus quod ad res*, e finalmente al *jus, quod ad actiones pertinet*. Nondimeno da una parte il significato del *jus, quod ad actiones pertinet*, e 'l suo rapporto col *jus quod ad res pertinet* non sono al tutto chiari; dall'altra, quel sistema, non ostante la sua attraente semplicità, lascia pur molto a desiderare. Però in questo compendio d' istituzioni noi seguiremo il mentovato sistema romano in alcune sue parti, e per altre ce ne scosteremo. Le ragioni che abbiamo a ginstificazione di questo nostro proposito si faranno conoscere nel modo più acconcio nelle singole parti principali.

II. Sotto il rapporto della *estensione*, allorchè si chiede contro cui un dato dritto compete, si fa un' altra divisione de' dritti molto importante nelle sue conseguenze. In vero, tutt' i dritti, giusta la loro comune natura, debbono sempre essere diretti contro qualcuno, cioè dire, che qualcuno deve esserne obbligato.

L' avente un dritto viene in un rapporto giuridico con questo obbligato e solo con lui, ed anche da lui solo può effettivamente commettersi la violazione del suo dritto. Certi dritti sono cosiffatti, che sin dalle prime fanno venire chi n' è fornito in una relazione giuridica solo con una persona determinata. Non altri ch' essa n' è obbligata. Di quì il nome di dritti *personali*. Essi coincidono coi dritti indicati più sopra come *crediti, obbligationes*, ed hanno sempre per obbietto certi determinati atti o prestazioni, alle quali quella data persona è obbligata. Per l' opposto, tutti gli altri dritti sono così fatti, che ad essi corrisponde un' eguale obbligazione per parte di tutti coloro, co' quali l' avente questo dritto può talvolta venire in una giuridica relazione. Solo vi è, per la verità, un' obbligazione semplicemente negativa, cioè, non già un obbligo di eseguire determinati atti a prò di chi ha il dritto, ma il dovere di non opporvisi turbando come che sia il rapporto giuridico che si fonda sovr' esso. Si possono, dunque, appellare dritti *generalmente obbligatori*. Spesso si usa eziandio l' espressione di dritti *reali*, poichè, ove sia dato in generale sperimentarli giudiziariamente, conferiscono a chi n' è fornito un' azione *reale* per la loro tutela. Se non che l' ultima espressione vuolsi dire equivoca in quanto che spesso, in un proprio senso, cotesti dritti s' indicano a preferenza come reali. Gli stessi romani non hanno un' espressione generale, tecnica per indicare tali dritti, ma solo la comune denominazione *in rem actio* per dinotare l'azione che per essi compete contro chiunque li violi.

Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. — *§. 12. Inst. 1. 2. de jure. nat.* GAI. *Inst. §. 8.*

§. 49.

Esercizio e garentia de'dritti.

Egli è naturale e conforme alla generale idea di un dritto, che colui al quale compete, sia autorizzato ad esercitarlo, e che nel mero esercizio di esso, per entro a' confini della sua sfera, non mai vi si possa vedere alcun torto. *Nam qui jure suo utitur, nemini facit injuriam.* Inoltre, dalla medesima natura di un dritto consegue che le persone, le quali, secondo la specie e 'l contenuto di un dato dritto, ne sono obbligate, debbano riconoscerlo, cioè no'l debbano manomettere, e che il creditore, quantunque volte il suo dritto non sia effettivamente riconosciuto, e perciò violato, deve poter pretenderne la difesa, e non tollerare un fatto che si manifesti come un torto. Ma di qui non segue ch' ei possa difendere il suo dritto attuandolo di viva forza, per propria autorità, e con mezzi privati. Da una parte ciò non basterebbe, giacchè spessissimo è incerto e fortuito se un creditore abbia abbastanza di forza fisica per affermare efficacemente il vero suo dritto ; dall' altra è più che possibile il pericolo che alcuno senza ragione, od almeno uscendo da' debiti confini, si arroghi un dritto che non gli compete, e in ogni caso il giudicare da sè su di un rapporto giuridico che lo tocca da vicino, ci si offre come opra d'animo preoccupato e sospetto. Anzi, l' ordine pubblico richiede che il creditore, ove il suo dritto non sia riconosciuto, possa farlo valere ed attuare solo invocando l'intervento del magistrato istituito a questo fine dallo Stato e nello Stato contro colui che gliene impedisca l'esercizio. Quanto più uno Stato è innanzi nel suo giuridico sviluppo, tanto più sono e debbono esser rare l' eccezioni, per le quali si ammette un cittadino a farsi giustizia da sè. La è questa una esperienza confermata puranco dalla storia del dritto romano. Poichè molti casi di primitive giustizie private, già dal più antico dritto romano legalmente tollerate ed anche imposte (1), si sono ben presto ridotti ad una semplice apparenza, a forme processuali, o sono al tutto scomparsi. Soltanto un certo dritto di *resistenza individuale, di legittima difesa* contro pericolosi attentati alla nostra persona ed alle cose, è rimasto; eppure non senza importanti restrizioni. Nondimeno ogni atto di giustizia privata, anche quando e pel modo e pel mezzo non degenerò in una vera, criminale e punibile violenza, *vis, crimen vis*, espressamente fu proibito. Marco Aurelio ed altri imperatori dopo di lui minacciarono in alcuni

---

(1) Vedi Macr. Sat. I. 4. Rubr. Gell. VIII, 1. — Gell. XI, 18 Coll. IV, e VII, 2, 5, 12. Cic. pro Tull. c. 47 sqq. Cic. pro Mil. c. 3. Quinct. 1. O. V, 14. Senec. Contr. X, c. ult. L. 4, §. 1. D. ad leg. Aq. (IX, 2) Augustin. II, Quaest. in Exod. L. 235, §. 2. D. de verb. sig. (L. 16). L. 9. D. ad leg. Corn. de Sic. (XLVIII, 8); Paul. II. 26 §. 1. sqq. L. 20 L. 25, 32, 42 D. ad leg. Jul. de adult. (XLVIII, 5,). L. 4. C. eod. (IX, 9). — *Il Trad.*

casi la privata difesa con certe pene private, pecuniarie, pagabili da chi la usasse, specialmente con la perdita del dritto che si fosse esercitato a quel modo. *Decretum Divi Marci* (1).

Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur. Nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere jus non habet. Gaius et Paulus *in fr. 55 e 151 D. L. 17 de reg. jur.*

Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi. Paulus *in fr. 176 pr. D. eod.*

Extat enim decretum Divi Marci in haec verba: optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris. Cum Marcianus diceret: vim nullam feci, Caesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris, vel pecuniam, non ab ipso sibi sponte datam sine ullo judice temere possidere, vel accepisse, isque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit. Callistratus *in fr. 13. D., IV, 2. Quod metus causa.*

Vim vi repellere licere, Cassius scribit, idque jus natura comparatur. Ulpianus *in fr. 1. §. 27. D. XLIII, 16. de vi.*

§. 50.

Della procedura civile in generale.

Le regole, per mezzo delle quali possiam conoscere l'autorità pubblica, cui dobbiamo ricorrere come al giudice competente quando i nostri dritti privati sieno già offesi, od almeno minacciati, e la forma, secondo la quale debbesi per noi e per tal giudice procedere a fin di assicurare da una parte quel che ci è veramente dovuto, dall'altra per respingere le non giuste pretensioni altrui, tutto questo costituisce la materia della procedura civile.

Essa ci si appresenta, per verità, scientificamente considerata, come un tutto compiuto e distinto dal proprio dritto privato, e però rigorosamente, come parte del dritto pubblico, non può essere obbietto di questo trattato. Ma il collegamento in che si trova con le altre branche del dritto privato fa sentir la necessità di cavare dalla procedura civile, se non altro, quel tanto che bisogna a bene intendere i rapporti giuridici privati e i loro effetti in ogni senso. Poichè tanto l'offesa e 'l turbamento stesso, quanto i mezzi determinati a rimuoverli, producono una certa naturale reazione sul contenuto del dritto offeso o turbato, per cui quest'ultimo piglia diverse e particolari figure. Di qui si scorge eziandio come e perchè il dritto civile romano

(1) Vedi la L. 7, D. ad leg. Jul. de vi priv. Lo svolgimento che ricevette questo decreto, nella leg. 13, D. *quod metus caus.*, risultò da una estensione che si ammise di poi; le l. 24, D. *quae in fraud. cred.* (XLII, 8), L. 6, C. de sep. viol. (IX, 19), L. 7. cit. provano che il cennato decreto non era primamente ristretto ad un *genus debitum* — Quanto a Giustiniano, ved. le Nov. 60, praef. c. 1. e 2. Nov. 134, c. 7. — Nov. 52, c. 1. — *Il Trad.*

si è sempre svolto in istretto legame con la procednra giudiziaria, al modo stesso che anche in parte in quello Stato gli stessi funzionarî procurarono contemporaneamente cotesto duplice svolgimento.

Per questo scopo giova quì offerire uno schizzo generale della procedura romana, ponendo a un tempo in rilievo alcune sne parti principali, che più intimamente ricadono nell' essenza del dritto privato.

§. 51.

Giurisdizione e competenza.

Nello Stato romano v' ebbero sempre de' funzionarî, a' quali era affidata l' amministrazione della giustizia, *magistratus juri dicundo, qui jurisdictioni praeerant*, nominati senza più anche *magistratus*. Tuttavia non erano costoro particolari funzionarî istituiti solamente ed esclusivamente per rendere giustizia nello Stato; chè, in conformità dell' *imperium* che lor competeva, insieme con altri ufficî aveano pur quello di sedere al banco della ragione. *Officium jus dicentis*. Tali *magistratus* erano in Roma primitivamente gli stessi Re, poscia i Consoli, nel cui luogo ben presto, a fin di agevolare le loro funzioni, subentrarono i pretori, l' *urbanus* e 'l *peregrinus;* in certi casi gli Edili. Sotto il governo imperiale giudicò anch' egli l' imperatore, od in persona, ovvero per mezzo di ministri imperiali con giurisdizione da lui delegata. Nelle città italiche aveano i duumviri ed i prefetti la giurisdizione; nelle province, i *praesides provinciarum*. Più tardi, al tempo dell' impero, si crearono speciali funzionarî, a' quali fu dato il giudicare solo come unico ufficio.

Dalla giurisdizione in generale si distingue la competenza di un' autorità giudiziaria. Poichè con essa subintendesi la missione, il potere, cioè, e il dovere che regolarmente va congiunto con esso, di esercitare in nn singolo caso concreto la giurisdizione che in generale si ha per certe specie di controversie. Quando, come si vide dal tempo in che si estese lo Stato romano, molte autorità sussistono l' una appo dell' altra per le stesse faccende giuridiche, non è difficile statuire intorno alla competenza; in tal caso le persone, i cui rapporti giuridici devon essere giudiziariamente decisi, van sottoposte alla giurisdizione dell' autorità istituita là dove hanno il loro *forum*. Se le parti hanno diversi *fora*, forza è venire nel *forum* del convenuto (1).

---

(1) *Actor rei forum sequi debet.* (Vat. frag. §. 325, 326. L. 5. C. *ubi causa status* (III, 32). L. 4. C. Th. *de jurisd.* L. 2, 3. C. eod. L. 3. C. *ubi in rem actio* (III, 19). L. 12. pr. C. *de pr. long. temp.* (VII, 33).

L' eccezioni a questa regola si possono vedere nella L. 19, §. 4. D. *de jud.* in Gaio, L. 5. D. *de reb. auct. jud.* (XLII, 5). in Giuliano, L. 21 de O. et A. (XLIV, 7). L. 19. pr. eod. L. 2, C. *de jurisd.* L. 50 — L. 52 D. *de jud.* L. un. C. *ubi fideicommissum peti oporteat* (III, 17).

Quanto al *jus revocandi domum*, il privilegio di non poter essere giudicato che dal giudice del proprio domicilio, e che apparteneva a speciali persone (L. 2.

§. 52.

L' ordo judiciorum privatorum, e gli extraordinaria judicia.

Quel che caratterizzava grandissimamente negli antichi tempi la direzione ed il corso della procedura civile romana, era l'usitata divisione delle essenziali funzioni dell' ufficio del giudice tra due funzionari distinti; il che partiva pure in due periodi diversi la procedura, nel *jus* e nel *judicium*, ed appunto questa divisione era ciò che formava l' *ordo judiciorum privatorum*. Essa va spiegata parte per la necessità di facilitare la loro missione a' pubblici magistrati di quel tempo, *magistratus juri dicundo*, a' quali era attribuito un cerchio di azione officiale molto esteso, parte per la politica considerazione di non affidare il destino de' litiganti nelle mani di un solo funzionario molto potente se si riguarda la sua condizione d' allora, ma di porlo egualmente nella cooperazione di altre persone aventi una certa propria indipendenza.

Il procedimento era aperto ed istruito dal *magistratus* mentovato di sopra. Innanzi a lui s' intentava la lite colla presentazione della dimanda; e dopo aver udite entrambe le parti, l' attore ed il reo, ei poneva il vero ed unico punto della controversia. Segnatamente doveva egli pronunziare su due cose, se un procedimento fosse giuridicamente possibile, *actionem s. iudicium dabat*, o no, *iudicium denegabat*, e nel primo caso quali principî si dovessero applicare. Ma, prima che si potesse fornire quest' ultimo ufficio, bisognava esaminar bene addentro i particolari del fatto nel modo come furono allegati da' contendenti, e per quanto avessero alcuna importanza pel giudizio da pronunziare. Non di rado lo stesso *magistratus*, per regola generale, non si curava dell' esame concernente la quistione di fatto, neppure di decidere egli stesso la lite; cotal esame era ri-

---

§. 2 — 5, L. 8. L. 28, §. 1 — 4, L. 39 §. 1, D. *de judic.* L. 28, §. 4, *ex quibus caus. maj.* (IV, 6). L. 32, §. 9 *de recept.* (IV, 8). L. 5. §. 1, *de const. pecun.* (XIII, 5). L. 3. D. *de legat.* (L. 7). L. 2, §. 3, 4, D. *de jud.* Le eccezioni si trovano ne'luoghi seguenti: L. 24, § 1, D. *de judic.* L. 25, eod. L. 45. *de nox. act.* (IX, 4). L. 4, §. 4. D. *fin. reg.* (X, 1.) L. 1. C. *de off. rect.* (I, 40).

Il *forum rei sitae* non esisteva al tempo di Diocleziano. Allorchè era convenuto con l' *actio in rem* chi possedeva per altrui, importava al vero possessore di comparire in giudizio; e perciò potea farlo. L. 1, C. *ubi in rem actio.* (III, 19). Costantino ve lo costrinse (L. 2, C. *ubi in rem eod. V.*) Valentiniano, Teodosio ed Arcadio vollero generalizzare la decisione di Costantino, e furono i primi che avessero posto il principio di potersi l' *actio in rem* istituire altresì innanzi al giudice del luogo dove è sita la cosa (L. 3. C. eod.), senza che si fosse recata alcuna innovazione per la petizione di eredità, per la quale si dovea sempre venire avanti al Tribunale del domicilio. Giustiniano (Nov. 69) ridusse ad unico principio tutte le regole della competenza: *unisquisque in qua provincia delinquit aut in qua pecuniarum aut criminum reus fit, sive de terra et de terminis, sive de proprietate, sive de possessione, aut hyphotheca, vel de qualibet alia occasione, illic etiam juri subjaceat* — Il Trad.

messo al *iudex*, *iudicium*, *officium iudicis*. Per certe cause questo *iudicium* era stabile, non designato per ogni lite ; però talvolta si componeva di più giudici, *collegium iudicum*, al quale appartenevano i *iudices decemviri*, *decemviri litibus iudicandis*, e specialmente il *iudicium centumvirale* colle sue diverse diramazioni, *consilia*, i quali appunto formavano molte corti giudiziarie, *hastae*, *tribunalia*, *iudicia*. Soltanto d'ordinario e per regola il *iudex* era scelto dal *magistratus* per ogni caso, con un certo accordo delle parti, che aveano un dritto di ricusa, dal novero degli autorizzati secondo la costituzione dello Stato, *in album iudicum relati* (1). Questo giudice, talvolta, e specialmente per certi casi, chiamato anche *arbiter*, era dunque una semplice persona privata autorizzata dal *magistratus* per ogni singola causa. Ordinariamente non era che un solo, *unus iudex ;* talvolta però, per eccezione, vi poteva essere una pluralità di *iudices*. Tali erano specialmente per certi casi i *recuperatores*.

Quella parte di procedura, che in tal modo era immediatamente diretta dal *magistratus*, formava il *ius* in questo senso rigorosamente processuale della parola. Quell'altra parte, al contrario, che rimettevasi al *iudex*, od a' *iudices*, la *cognitio* propriamente detta e la *sententia*, costituiva il *iudicium*.

Quando per eccezione, *extra ordinem*, nessun *iudex* era nominato, ma il caso controverso di dritto era conosciuto, disaminato e deciso dallo stesso *magistratus*, la procedura prendeva il nome di *extraordinarium iudicium*, *extraordinaria cognitio*. Veramente dipendeva in generale presso che al tutto dalla volontà del *magistratus*, in ogni lite che insorgeva, il decidere se e quando ei dovesse conoscerne *extra ordinem*. Tuttavia sembra che in principio ciò non avesse luogo che solo in que'casi, che, per un dato motivo, rendessero l' ordine di un *iudicium* o giuridicamente impossibile, od almeno difficile. Il che sovratutto era quando, di presso all'obbietto della privata controversia, si offrivano de'punti che richiedessero una certa politica autorità del *magistratus*.

In progresso di tempo fu sempre più di rado nominato un *iudex ;* sempre più spesso si procedette *extra ordinem* dal *magistratus*, fino a che, dall' età di Diocleziano, o subito dopo di lui, senza che possa fissarsi con precisione il tempo, ma sempre però molto innanzi a Giustiniano, tutto l' *ordo iudiciorum privatorum* scomparve. Anche nel fatto le primitive cagioni che lo aveano occasionato erano in

---

(1) Nel sistema delle azioni della legge ed in quello delle formule, si riconosceva siffatto principio (osservato per sino che durò la processura formularia), quello cioè, per cui nessuno poteva essere giudice, ricuperatore od arbitro senza il consenso delle parti. Che questo principio fu ab antico seguito in Roma, ce'l prova Cicerone (pro Cluent. c. 43). *Neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset*. De Oratore II. 70. *Valerian. Maxim.* II. 8. 2. Vedi pure Bluntschli, *Allgemeines Staatsrecht*. lib. 8. c. 5. p. 487. München, 1852 — *Il Trad.*

parte successivamente cessate. Da quell'ora gli *extraordinaria iudicia* divennero l'unica forma per le controversie civili, e sinonime le parole *iudex* e *magistratus*. E questa fu dappoi l'autorità costituita, innanzi alla quale il processo s'iniziava, continuavasi e si conduceva al suo termine. Impertanto, sebbene la distinzione strettamente formale del *ius* e del *iudicium* a questo modo disparve, pure la *materiale* partizione del processo essenzialmente rimase. Qui, per lo storico prospetto del procedimento, sembra quasi necessario prender le mosse dall' *ordo iudiciorum privatorum* come regola.

De ordine et veteri exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quoties extra ordinem jus dicitur, qualia sunt hodie omnia judicia, non est necesse reddi interdictum. *§. 8. Inst. IV, 15. de interdict.*

§. 52. *a*

Della rappresentanza nel giudizio.

Le parti doveano allegare le loro ragioni innanzi al *magistratus* ed al *iudex*, cioè così in *iure*, come in *iudicio*, fondando in esse la difesa de' loro dritti. *Orare*, *perorare*, *postulare*. In origine ciò dovea seguire, salvo poche eccezioni, necessariamente in presenza delle parti, il che si collega colla propria forma del più antico procedimento. Più tardi fu data facoltà di potere i procuratori venire in giudizio.

Essi dicevansi *cognitores* quando da uno de' litiganti in presenza dell' altro erano eletti per una data causa mercè un formale atto processuale, con l'uso di certe parole. Per tal modo eran posti in quella causa *domini loco*. Al contrario, si appellavano *tutores*, *curatores*, *actores* quando intervenivano come legali rappresentanti della parte; *procuratores*, quando ci era incarico espresso, e finalmente *defensores* quando non c'era incarico, ma si presentavano di proprio volere. L'assistenza di un proprio *advocatus*, *patronus*, *orator*, *causidicus* non è da confondere con cotesta rappresentanza. Assistenza siffatta non ha per iscopo il rappresentare i litiganti, ma solo il difenderli. La *lex Cincia* del 550 proibì a tali difensori, per la difesa di una parte, il ricevere una mercede. Però sotto il governo imperiale questo assoluto divieto fu tolto, ed in suo luogo pe' compensi dovuti agli avvocati s'introdussero legali restrizioni e misure da non potersi oltrepassare.

§. 53.

Cominciamento ed introduzione del giudizio.

GAI. *Com. lib. IV. — Inst. lib. IV. tit. 6. de actionibus. Dig. lib. XLIV. tit. 7 de obligationibus et actionibus — Cod. lib. IV. tit. 10. de oblig. et act.*

Si dava ingresso al giudizio, come sin da' tempi più remoti, con la presentazione della dimanda.

Vi si richiedeva la personale presenza di entrambe le parti *in iure* avanti al *magistratus*, ed era dovere dell' attore citare a questo fine il convenuto. A tale uopo egli dovea far uso della *in ius vocatio*. Questa era per sè stessa un atto stragiudiziale, un' intimazione privata; pure l' attore avea certi mezzi di costringimento, rivestiti di forme rigorosamente processuali, per dare la necessaria efficacia a cotesta sua privata citazione. A questa *in ius vocatio* fu surrogata, da Marco Aurelio in poi, la *litis denunciatio*, cioè dire, una formale notifica della dimanda per parte dell' attore al convenuto innanzi ai testimoni. Secondo il dritto giustinianeo il giudice stesso si toglie l'incarico, dopo aver accolto il memoriale a lui presentato, di far citare il reo per mezzo degli *executores*, e di aver cura della sua comparsa.

L' introduzione del procedimento si faceva primitivamente nella forma delle *legis actiones*, di cui ci vengono nominate cinque specie : il *sacramentum*, la *iudicis postulatio*, la *condictio*, la *manus iniectio* e la *pignoris capio* (1). Solo una di esse, il *sacramentum*, comparisce come generale ed applicabile di regola a tutti i processi mentre le altre non si usavano che in certe cause determinate. Queste erano forme d' azioni le quali, composte esattamente co'vocaboli di legge, delle antiche *leges*, consistevano essenzialmente in atti simbolici ed in solenni parole sia de' due collitiganti, dell' attore e del reo, sia del *magistratus*. Il loro scopo era questo, indicare con precisione l' oggetto della lite, e di render più spedito il trapasso della processura dal *ius* nel seguente *iudicium*. Eran esse composte pel rigoroso antico *ius civile*, e quindi accomodate alle sue stesse parole. Di quì spiegasi il grande rigore per cui ogni mancanza, per minima che fosse, in una .

---

(1) Il *sacramentum* era una sicurezza reciproca che si davano le parti all'ingresso della lite, e consisteva nella scommessa di una egual somma pecuniaria che si depositava *apud pontifices*, e che più tardi si garentì solo per mezzo dei *praedes* innanzi al pretore. Il vincitore riaveva la sua somma; quella del soccumbente era consacrata al culto, a'*publica sacra*; d' onde il nome di *sacramentum*; poi venne confiscata a prò dello Stato, *in pbblicum cedebat*.

La *judicis postulatio* era la domanda che s' indirizzava al magistrato, dopo l' istruzione preparatoria fatta innanzi a lui, per avere un *judex* privato che dovea pronunziare la sentenza diffinitiva. La si facea, come pare, per tutte le cause che richiedevano un' estimazione.

La *condictio* era un modo di procedere, introdotto per i crediti di una somma determinata per la legge Silia, *certa pecunia*, e per tutti que' *de omni certa re* per la legge Calpurnia. Per la *condictio* non si richiedeva il *sacramentum*. Con essa il creditore, trovandosi col suo debitore avanti al *magistratus*, lo citava solennemente a comparire tra un mese innanzi allo stesso magistrato per avere un giudice.

La *manus iniectio* fu nel corso de' tempi distinta in due specie: l' una detta *pura*, era l' azione di menare in giudizio il reo che si negava di rendervisi, *vi rapere*; l' altra, *pro judicato*, risguardava la cattura del condannato, il quale *domum ducebatur ab actore, et vinciebatur*.

La *pignoris capio* era un' azione, mercè cui il creditore prendeva di sua propria autorità, *extra jus, plerumque etiam absente adversario*; per sicurtà di ciò che gli era dovuto, una cosa mobile del suo debitore; e la deteneva come un pegno sino alla legale definizione del suo dritto. (Gaio, lib. IV. §. 15, 18, 19, 21, 26, 27, 28) — *Il Trad.*

delle forme legalmente prescritte, traeva immancabilmente dietro a sè la perdita della lite.

Questo sconfinato rigore, e la difficoltà di cacciar dentro a quelle inflessibili pastoie più rapporti giuridici che sempre più divenivano svariati ed intricati, furono il precipuo motivo per cui dalla *lex Aebutia* (dell' anno 550) e più generalmente per le *leges Juliae*, salvo poche eccezioni, furon soppresse le *legis actiones*. In lor luogo si ammise affatto liberamente l' introduzione della lite per *formulam*, mezzo ancor consono allo scopo, e più speditivo. Le parti, l' attore e 'l convenuto, si spiegavano come meglio potevano avanti al *magistratus* sull' obbietto della lite, e poichè non si trattava più di far uso di certe formole legali, si avea piena facoltà di allegare per sè tutto ciò che il nuovo dritto e le peculiari circostanze della controversia offrissero come favorevole ed opportuno. Udite le parti, il *magistratus* riassumeva in una *formula* scritta, detta ancora *concepta verba*, quel che era essenziale nella controversia; la qual *formula* conteneva, oltre la nomina del *iudex*, una istruzione più o meno esatta, una tal quale scorta per lui, alla quale ei dovea mirare nell' esame che gli si affidava, e secondo il principio di dritto in essa indicato dar fuori la finale sentenza. Con ciò si connettono le parti principali, in cui la *formula* o si divideva, od almeno, secondo le circostanze della causa, poteva dividersi. Coteste *partes formulae* erano le seguenti: *demostratio*, *intentio*, *adjudicatio*, *condemnatio*.

Alle volte avveniva l' introduzione del procedimento anche nella forma della *sponsio*. Questa consisteva in ciò, che, ad istanza dell' attore, il *magistratus* sollecitava il reo a promettere la stipulazione di dover egli pagare all' attore una data somma quando la sua dimanda fosse vera. L' attore agiva dipoi per questa *sponsio* con una *condictio*, e guadagnava senza meno la lite quando egli adempiva la condizione della *sponsio*, cioè mostrando vera la sua dimanda. Tale procedimento dicevasi *sponsione contendere* (1). Sotto Diocleziano, e ancor più generalmente al tempo de' figliuoli di Costantino, tutto questo procedimento si caugiò. Venuta in disuso la processura per *formulam*, non più v' ebbe una *formula* in ogni caso particolare. Quel che un tempo conteneva la formola fu d' ora innanzi ritenuto come regola generale, e per mezzo dell' editto pretorio, e mercè la pratica del foro.

Actiones, quas in usu veteres habebant, *legis actiones* appellabantur, vel ideo, quod legibus proditae erant, quia tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant, et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. Gai. *IV*. §. *11*.

Lege autem agebatur modis quinque: sacramento, per judicis postulationem, per condictionem, per manus injectionem, per pignoris capionem. Gai. *ibid*. §. *12*.

---

(1) Sulla connessione di questa forma processuale con la *verborum obligatio* veggasi più sotto nel §. 131 la dottrina delle stipulazioni, alle quali appartenevano le *sponsiones* come una specie delle *stipulationes praetoriae*.

Sed omnes legis actiones paullatim in odium venerunt. Namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc jura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet. Itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per *concepta verba*, idest, per *formulas* litigaremus.

Tantum ex duabus causis permissum est, lege agere etc. Gai. *ib.* §. *30 et 31.*

Partes autem formularum hae sunt: *demonstratio*, *intentio*, *adjudicatio*, *condemnatio*. *Demonstratio* est ea pars formulae, quae precipue ideo inseritur, ut demonstretur res, de qua agitur. Veluti, quod A. A. No No hominem vendidit; item: quod A. A. apud Nm Nm hominem deposuit. *Intentio* est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit. Veluti: si paret, N. N. Ao Ao HS XM dare oportere. Item: si paret, hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse. *Adjudicatio* est ea pars formulae, qua permittitur judici rem alicui ex litigatoribus adjudicare; veluti: quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato. *Condemnatio* est ea pars formulae, qua judici condemnandi absolvendive potestas permittitur, veluti: judex Nm Nm Ao Ao HS XM condemna, si non paret, absolve.

Nec tamen istae omnes partes simul inveniuntur sed quaedam inveniuntur, quaedam non inveniuntur. Certe intentio aliquando sola invenitur sicut in praejudicialibus formulis. Demonstratio autem et adjudicatio et condemnatio nunquam solae inveniuntur. Nihil enim sine intentione vel condemnatione valet demonstratio; item condemnatio sine demonstratione, vel intentione, vel adjudicatione nullas vires habet. Gai. *ibid. 39-44.*

Per sponsionem vero hoc modo agimus — Provocamus adversarium tali sponsione : *Si homo, quo de agitur, ex jure Quiritium meus est sestertios* XXV nummos *dare spondes ?* Deinde formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis dari oportere; qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse. Non tamen haec summa sponsionis exigitur. Gai, *ibid.* § 93, 94.

§. 54.

Le azioni in generale.

Actio, *iudicium*, considerata come azione, è il mezzo giuridico processuale, per cui quegli che lo adopra, l'attore, *actor*, apre tutto il successivo procedimento invocando il soccorso del magistrato per attuare un dritto che gli vien negato, e per ottenere secondo la regola generale la condanna del suo avversario, del convenuto, cioè, del *reus* (1). Non altronde che dalle formole di procedimento e d'azioni, che primamente chiamavansi *actiones*, trasse origine ancora di poi la voce *actio* per esprimere l'azione medesima, considerata come un mezzo processuale di dritto. Pertanto, l'*actio* indica ancora spesso il dritto ad agire e l'esercizio di esso. Mercè la più precisa designazione che vi si aggiugne, l'azione si distingue dagli altri mezzi di procedere, i quali sono talvolta, in senso lato, compresi benanco sotto il nome di *actiones*.

Perchè un'*actio* sussista, cioè, perchè la si possa intentare validamente in un singolo caso, fa mestieri di due requisiti: primo, che l'attore abbia un dritto attualmente produttivo di effetti, ed attuabile per virtù d'azione; secondo, che questo dritto sia stato manomesso in

(1) Si eccettuano le azioni pregiudiziali. V. il §. 56 in fine.

qualsivoglia modo, e precisamente da colui, contro il quale vien diretta l'azione.

Quanto a ciò che concerne la forma, l' azione era distesa in iscritto nel nuovissimo dritto romano, e questo *libellus conventionis* veniva dall' attore presentato al giudice, che lo rimetteva al reo per mezzo degli *executores*, sergenti di corte, uscieri, e così lo si citava a comparire in giudizio per rispondervi.

Actio — nihil aliud est, quam jus persequendi in judicio, quod sibi debetur. *pr. Inst. IV. 6. de action.*

Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est. Ulpianus *in fr. 1. D. XLIV. 1. de except.*

Actionis verbo non continetur exceptio. Paulus *in fr. 8. §. 1. D. L. 16. de verb. sign.*

§. 55.

Divisione delle azioni in reali e personali.

Le azioni possono essere di diverse specie non ostante le sposte condizioni che sono a tutte comuni. Dalle multiplici divisioni che ne risultano, noi dobbiamo quì rilevare preliminarmente soltanto quelle che hanno un carattere più generale, e che non troverebbero un luogo più acconcio in altra parte del sistema; specialmente là dove si parla delle obbligazioni colle quali esse stanno in intimo collegamento.

La divisione più importante e più notevole delle azioni, quella, cioè,per cui le si distinguono in *reali* e *personali*,si lega colla su esposta (§. 48) partizione di tutt'i dritti sotto il rapporto della loro estensione.

Così, se i dritti da dover tutelare con un'azione sono riconoscibili da tutti,e però capaci di esser manomessi ancora da tutti,l'azione che ne provviene è così fatta, che la si può intentare contra il violatore qual che ei si sia.

Un tempo la si appellava ora *vindicatio*, ora *petitio* secondo la forma sotto la quale s' introduceva; le quali due voci furon poi promiscuamente adoperate. La più moderna e generale denominazione è quella di *in rem actio*, *azione reale*, come oggidì la diciamo.

Il contrapposto a così fatta azione sono le azioni personali, *personales*, od *in personam actiones*, cioè quelle che il creditore ha per virtù dell' obligazione, e che naturalmente, del pari che questa medesima obbligazione, sono dirette contro ad una determinata persona, il debitore. In origine queste azioni nascenti da obbligazioni, in preferenza d' ogni altro nome, avean quello di *actiones*, in opposizione delle reali, delle *petitiones*, e ambedue queste specie di azioni costituivano le due forme fondamentali del su mentovato *ordo iudiciorum privatorum*. Perocchè ove si prendea cognizione di un affare *extra ordinem*, l' istanza non si diceva *actio*, nè *petitio*, ma *persecutio*, *extraordinaria persecutio*. Ma nel novello dritto romano la voce *actio* è stata adoperata generalmente per significare ogni sorta azioni, non

escluse le reali, onde sarebbe necessario l' aggiungere *in personam* o *personalis actio* per distinguerla dalla *in rem actio*.

Nello stesso nuovo dritto la voce *condictio* vien anche adoperata, in un certo senso, come sinonima di *personalis actio*. Ma in origine ebbe un significato assai più speciale, e dinotava unicamente certe azioni nascenti da obbligazioni, che erano introdotte con una *denunciatio*, e costituivano una specie particolare di processura, la *legis actio per condictionem*. Questa *legis actio* è ora scomparsa, ma la voce *condictio* si è conservata come un nome speciale per la suddetta specie di azioni nascenti da obbligazioni, e ciò perchè ritengono ancora alcune qualità proprie. Laonde in generale le *condictiones* formano, in questo stretto senso, non altro che una specie sottordinata di azioni personali, il cui speciale carattere consiste in questo, che con esse vien chiesto qualcosa che dal patrimonio dell' attore sia passata in quello del convenuto, o così almeno la si considera.

Fra le azioni personali meritano finalmente una particolare menzione gl' *interdicta*. Primieramente si addimandarono così non certe azioni, ma certe ordinanze, imperative o proibitive, che il *magistratus*, ad istanza di una parte, emetteva in una forma determinata, *conceptiones verborum, quibus praetor aut iubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat*. In un senso ancora più speciale il nome d' *interdicta* si adoperava per sole le proibizioni di tal sorta, mentrechè gli ordini del magistrato dicevansi *decreta*. Il pretore dava fuori questi interdetti secondo le circostanze, sulla sola richiesta della parte che ne avea bisogno per difendersi da un danno che la minacciava, sopra tutto allorchè si trattava di dover subitamente ristabilire il buon ordine, od uno stato di fatto, massime una possessione. Solo, allorquando colui, al quale era stato diretto l' ordine o il divieto, non vi si confermava subito, procedevasi alla nomina di un *iudex*, e ad una vera procedura, la quale prendeva in parte una direzione particolare e straordinaria. In un senso derivato e introdotto dappoi, ma prevalente nel nuovissimo dritto romano, la voce *interdictum* dinota la dimanda di una parte interessata per ottenere un simigliante ordine del magistrato, il perchè gl' interdetti forman ora una specie particolare di azioni. Inoltre, essi si dividono, secondo lo scopo e lo speciale contenuto dell' ordinanza del magistrato, in *prohibitoria, restitutoria, exhibitoria interdicta* secondo che a colui, contro del quale è rilasciato l' interdetto, si vieta di fare o si ordina di restituire qualche cosa.

Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur. Aut enim in rem sunt, aut in personam. Nam agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est vel ex contractu, vel ex maleficio; quo casu proditae sunt *actiones in personam*, per quas intendit, adversarium ei dare, aut facere oportere, et aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen de aliqua re controversiam; quo casu proditae actiones in rem sunt. *Inst.* §. *I, IV, 6. de act.*

Appellamus autem in rem quidem actiones *vindicationes*, in personam vero actiones, quibus dare facere oportere intenditur, *condictiones*. *Condicere* est

enim *denuntiare*, prisca lingua. Nunc vero abusive dicimus, condictionem actionem in personam esse, qua actor intendit, dari sibi oportere; nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit. §. *15. Inst. ibid. V.* Gai. *IV.* §. *1-5.*

Actio in personam infertur, petitio in rem, persecutio in rem, vel in personam. Papinianus *fr. 28. D. XLIV, 7. de oblig. et act.*

Interdicta quoque actionis verbo continentur. Ulp. in fr. 37 pr. D. eod.

Sequitur, ut dispiciamus de interdictis, seu actionibus, quae pro his exercentur. Erant autem interdicta formae atque conceptiones verborum, quibus praetor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat. Quod tunc maxime faciebat, cum de possessione, aut quasi possessione inter aliquos contendebatur; *pr. Inst. IV. 15. de interd. V.* Gai. *IV.* §. *139.*

Vocantur autem *decreta*, cum fieri aliquid jubet (praetor), velut cum praecipit, ut aliquid exhibeatur, aut restituatur, *interdicta* vero, cum prohibet fieri. Unde interdicta aut restitutoria, aut exhibitoria, aut prohibitoria vocantur. Gai. *IV.* §. *139.*

§. 56.

Altre divisioni delle azioni.

1) Le azioni, secondo le sorgenti di dritto, da cui traggono la loro origine, sono o *civiles actiones*, od *honorariae;* queste ultime, o *praetoriae*, o *aediliciae*.

2) Secondo che restano conformi alla loro primitiva destinazione, o vengono dipoi estese ad altri casi, le si chiamano *directae actiones*, o *utiles actiones*. Quando quest' ultime si fondano in una finzione come alle volte è il caso, diconsi *ficticiae*, senza che per questo l' idea delle *ficticiae actiones* si limiti unicamente alle *utiles*.

3) Con l' antico *ordo iudiciorum privatorum* e coll' introduzione del giudizio per *formulam* si collegava la divisione delle azioni personali in *bonae fidei iudicia* ed in *stricta*, o *stricti iuris iudicia*. Perocchè, quando nella *formula*, nell'istruzione, cioè, che il *magistratus* comunicava al *iudex*, si trovava una parola, una frase, per cui il giudice era autorizzato di determinare *ex aequo et bono*, *quantum actori praestari debeat*, p. e. l' espressione *ex bona fide*, o *quantum aequius melius*, l' azione si chiamava per questo *bonae fidei iudicium*. Il *iudex* venia con ciò consigliato, nel giudizio del fatto, di pôr mente non solo a' particolari nominatamente e specialmente indicati nella istruzione, ma pure a quelli che avrebbe discoperti nella disamina della cosa, e reputati ben atti a dare altra figura al fatto controverso. Specialmente gli era imposto il dovere, prima di giudicare il convenuto, di ponderare (*ex aequo et bono*) le scambievoli pretensioni delle parti, considerate quì come inseparabili, compensare le une con le altre, e pareggiare in modo le partite da sminuire od anche assorbire tutta la quantità della prestazione primitiva e provveniente dalla *obligatio*. Il che non facevasi, com' è di ragione, in quelle azioni, che secondo la loro natura erano unilaterali, ma soltanto e sempre in quelle che risultavano da rapporti obbligatori produttivi di reciproche pretensioni. Per contrario, alle altre azioni, che non aveano questa qualità propria, di modo che solevasi, nell' istruzione data al giu-

dice determinare la quantità della somma cui doveva condannare il reo debitore, convinto che fosse, davasi il nome di *stricta*, o *stricti iuris iudicia*.

4) Lo stesso è da notare e nella divisione delle azioni in *arbitrariae actiones*, ed in quelle che non erano *arbitrariae;* con sola una importante distinzione, la quale è, che questa divisione non si restringe alle azioni personali, ma comprende eziandio le *in rem actiones*. Talvolta, in effetti, per una speciale espressione nella *formula*, il giudice era autorizzato a determinare, secondo il suo *arbitrium, quemadmodum actori satisfieri oporteat*. In tal caso l' azione si diceva *arbitraria*, ed il giudice avea non facoltà di condannare il reo in ciò che formava l'obbietto dell'azione, e però, come nel prisco tempo era di regola, ad una determinata somma di danaro tosto che fosse convinto debitore, ma il dovere di aprirgli mercè una preliminare pronunziazione, *arbitrium*, un'altra via, per la quale, mediante un'altra prestazione, per es. la dazione di una cosa determinata, che si accettava innanzi alla sentenza propriamente detta, e così satisfacevasi l' attore, ei poteva sfuggire alla formale condanna dovendo già nella *sententia* rimanere assoluto. Il che era specialmente importante là dove, come talvolta seguia, con la formale condanna collegavansi per legge molte dannose conseguenze pel condannato, per es. l' infamia. Però se il reo non eseguiva spontaneamente questo *arbitrium*, era mai sempre condannato nella *sententia*, e spesso ancora più rigorosamente, per es. nel doppio.

5) Una divisione che vien direttamente dalla compilazione della formola è quella, per cui le azioni si distinguono in *actiones in ius conceptae*, ed *actiones in factum conceptae*. Se l' attore appoggiava la sua dimanda, espressa nell' *intentio*, sul *ius civile* rigoroso, tale *intentio* dicevasi *intentio iuris civilis*, e l' azione che in essa fondavasi era formulata come *in ius concepta*. Le nuove azioni, che introduceva il pretore, sol per mezzo di una finzione potevano avere consimile *formula in ius concepta*. Pertanto, ei dava alle volte un' azione senza *intentio iuris civilis*, mediante una *formula in factum concepta;* allora l' azione che ne provveniva dicevasi ancor essa *in factum concepta actio;* ed il giudice era incaricato dal pretore di esaminar sovrattutto se certi fatti asseriti dall' attore fossero veri, e, secondo il risultamento di siffatto esame, di condannare od assolvere il reo. Poteva la stessa domanda rivestir così l' una come l' altra di queste due forme, e quindi dar luogo secondo le circostanze ora ad un' *actio in ius concepta*, ora ad un' *actio in factum concepta*.

Con questa idea delle *actiones in factum conceptae* non è da confonder quella molto più estesa delle *actiones in factum* in generale. Quest' esse formano il contrapposto delle *actiones vulgares*, o *iudicia prodita*. Per i quali *iudicia* s' intendono quelle azioni, che con formole indipendenti, determinate e costanti erano inserite nello editto del pretore. Per contrario, le *in factum actiones* non aveano veruna di queste formole costanti e permanenti; la formola era compilata per

isvariati modi secondo le svariate circostanze che offriva ogni caso concreto. Da ciò vien chiaro il motivo perchè queste *in factum actiones* sono spesso indicate come *actiones praescriptis verbis;* cioè come *actiones quae praescriptis verbis rem gestam demonstrant.* Ciò poteva aver luogo così nelle azioni civili, come nelle pretorie. Per tal modo era agevole cosa al pretore accordare una conveniente azione per ogni nuovo caso o bisogno di dritto che intervenisse semprechè ciò reputasse necessario.

6) Certe azioni hanno questo in proprio, che esse non sono, com'è di regola in tutte le azioni, direttamente ordinate a far conseguire la condanna del convenuto. Esse mirano piuttosto unicamente ad una legale disquisizione di un punto dubbioso, che, come quistione pregiudiziale, importa alla futura decisione di altra controversia, alla quale ordinariamente suol essa spianare il cammino; *quae praeiudicium faciunt aliis actionibus* (1). Di qui il nome di *actiones praeiudiciales*, o, per contrapposto alle *actiones* propriamente dette, *praeiudicia*.

Omnes autem actiones aut civiles dicuntur, aut honorariae. Ulpianus *in fr. 25 §. 2. D. XLIV, 7. de oblig. et act.*

Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti juris. Bonae fidei sunt hae: cet.

In bonae fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici, ex bono et aequo aestimandi, *quantum* actori restitui debeat. In quo et illud continetur; ut, si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in stricti juris judiciis, ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. §. 28 et 30, Inst. IV. 6. de act.

V. anche Gaio, *IV. §. 61.*

In his (bonae fidei judiciis) quidem judici nullo modo est injunctum, compensationis rationem habere; neque enim formulae verbis praecipitur. Sed, quia id bonae fidei judicio conveniens videtur, id officio ejus contineri creditur. Gaio. *IV. §. 63.*

Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio judicis pendentes appellamus, in quibus, nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici, ex bono et aequo, secundum cuiusque rei, de qua actum est, naturam, aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat. §. 31. Inst. IV. 6. de action.

Nonnumquam evenit, ut cessantibus *judiciis proditis et vulgaribus actionibus*, qunm proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae in factum appellantur. Papinianus *in fr. 1. pr. D. XIX. 5. de praescriptis verbis.*

Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, *in ius conceptas* vocamus; quales sunt, quibus intendimus, nostrum esse aliquid iure Quiritium, aut nobis dari oportere, aut pro fure damnum (decidi oportere), in quibus iuris civilis intentio est.

Ceteras vero *in factum conceptas* vocamus, id est, in quibus nulla talis in-

---

(1) Non si era obbligati, nell'azione pregiudiziale d'indicare lo scopo che si voleva in appresso raggiungere. L. 6, D. *si ingenuus* (XL., 14): « . . . . sive nulla causa » — *Il Trad.*

tentionis conceptio est, sed initio formulae, nominato eo, quod factum est, adiiciuntur ea verba, per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur; qualis est formula, qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum praetoris in jus vocat. Nam in ea ita est: *recuperatores sunto, si paret, illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in jus vocatum esse, recuperatores illum libertum illi patrono sestertium V millia condemnate. Si non paret, absolvite.* GAI. IV. §. 45 et 46.

§. 57.

La litis contestatio.
Cod. lib. III. tit. 9, de litis contestatione.

Lo scopo di tutta la procedura *in iure* innanzi al *magistratus* era di procacciare a lui una necessaria idea dello stato della causa, e di tutto ciò che tornava utile al suo giudizio, affine di poter dare l' ulteriore introduzione al processo. Il perchè entrambe le parti, l'attore e 'l convenuto, dovevano comparire innanzi al *magistratus* per dichiararsi fra loro intorno alle rispettive pretensioni ed eccezioni in caso che ve ne fossero e per quanto avessero relazione colla lite. Il che fatto secondo il bisogno, e fermato convenevolmente il punto controverso, il *magistratus* dava fuori la *formula*, l' istruzione pel *iudex*. Per tal guisa il *ius* facea passaggio nel *iudicium*, e quindi dicevasi: *lis ordinata, ius ordinatum est.* La *litis contestatio* formava propriamente l' atto finale del *ius;* contestazione, che appunto era destinata ad indicare strettamente e solennemente siffatto passaggio. Essa consisteva in origine in ciò, che ambo le parti invocavano solennemente de' testimoni per tutto quel che si era praticato innanzi al magistrato. Epperò si scorge quanto convenga tal modo.

In ogni caso questo punto della contestazione della lite era importante come il proprio incominciamento del processo, *lis inchoata*, mercè cui *res s. lis in iudicium deducebatur*. Con essa si connettevano molte peculiari conseguenze ed obblighi rigorosi per le parti, le quali per tal modo si sottoponevano al giudizio; *iudicium accipere*. Quivi ha luogo specialmente per l'attore la *consumptio* del suo precedente dritto di azione, poichè egli non può più istituire in avvenire la medesima azione, giacchè la si è fatta dipendere dall' esito di questo giudizio, potendo essere lo stesso quale egli vuole che sia. Ciòè dire che in ogni caso ed in qualunque tempo gli osterà la *exceptio rei in iudicium deductae*, per lo più anche la *exceptio rei iudicata*. Pel convenuto e per l' attóre la *litis contestatio* trae seco lo stretto obbligo di assoggettarsi incondizionatamente a' risultamenti di questo giudizio, sia che finisca con la condanna, sia che con l'assoluzione del convenuto. Finalmente la contestazion della lite formava eziandio, come già notammo di sopra, il passar del processo dal *ius* nel *iudicium*.

Anche poi che fu andato in disuso l'*ordo iudiciorum privatorum*, la *litis contestatio* rimase tuttavia come un punto culminante nella procedura civile, e come per indicare quel momento, in cui il con-

venuto risponde innanzi al giudice sull' azione intentatagli dall' attore deducendo quel che reputa utile per sè.

Ella forma un contrapposto con la semplice istruzione dell' azione, con la semplice *actio edita*, o *controversia mota*. Solo non è da trasandare, che il nuovo dritto romano attribuisce al momento della *controversia mota* molti giuridici effetti che un tempo erano propri della contestazione della lite.

Contestari est, cum uterque reus dicit: *testes estote*. *Contestari litem* dicuntur duo aut plures adversarii, quod, *ordinato iudicio*, utraque pars dicere solet: *testes* estote. Festus v. contestari.

Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestatam, et editam actionem multum interest.

Lis enim tum contestata videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit. Sever. et Antonin. *in c. un. C. III, 9 de litis cont.*

Qua de re semel actum erat, de ea postea ipso iure agi non poterat. Gai. *IV. §. 108.*

§. 58.

Della prova.

Dig. lib. XXII. tit. 3. de probationibus et praesumtionibus.
Cod. lib. IV, tit. 19. de probationibus.

Il principal ufficio del giudice in quella parte della procedura che forma il *iudicium*, consiste, giusta il detto di sopra, nell'esaminare esattamente il fatto della controversia, su cui deve poscia fondare la *sententia*, e nel convincersi legalmente della verità delle cose poste innanzi da' litiganti, solo per quanto esse giovino al giudizio. Epperò egli è obbligo delle parti di procacciare al giudice siffatta convinzione, di allegargli delle prove, di *probare*. Il che si pratica colla presentazione di sufficienti mezzi di prova, *instrumenta* o *documenta* in questo largo senso della parola, de' quali fan parte in ispecialità i titoli,. i testimoni, e 'l giuramento. Di ciò che non si può provare non tiensi verun conto nella pronunziazione del giudizio, nè legalmente esiste per il *iudex*. Ed appunto per questo è importante pel destino di una causa la quistione di vedere a quale delle due parti incomba il dovere di provare, l' *onus probandi*.

Egli è un principio generale che una parte, attore o convenuto che sia, la quale allega una data circostanza per dedurne un dritto, o qualsivoglia conseguenza utile per sè, debba provarla. Così l'attore proverà il fondamento della sua azione, il reo quello della sua eccezione. Nondimeno egli non è mestieri di tale *probatio* quando la circostanza allegata non sia controvertita, ma confermata in *iure* dall' avversario (*confessio in iure*) o sia di tale natura da non aver bisogno di una prova speciale. Quest'ultima ipotesi si scorge in que'fatti, che sono presunti per generale disposizione di legge, in guisa che essi a prò di colui, che se ne avvale, valgono come veri e provati sino a che l' avversario non provi, che *in concreto* non sieno effetti-

vamente veri — *Praesumptiones iuris*. Alle volte, non sempre, viene al tutto vietata la facoltà della prova in contrario. Del resto, e non bisogna confondere con queste presunzioni di legge le *fictiones iuris* propriamente dette, le quali non già su di una verità presunta dalle leggi, ma sopra un arbitrario supposto della stessa legge riposano, e spesso ancora contraddicono al vero.

Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest et ideo tam testimonia, quam personae instrumentorum loco habentur. Paulus in fr. 1, D. XXII, 4, *de fide instrumentorum.*

§. 59.

L' eccezioni e la exceptio, seu praescriptio temporis in particolare.

Gai. *Comm.— lib. IV.* §. 115 — 126 — *Inst. lib. IV. tit. 13 de exceptionibus— Dig. lib. XLIV, tit. 1. de exceptionibus, praescriptionibus et praeudiciis— Cod. lib. VIII. tit. 36. de exceptionibus s. praescriptionibus. Inst. lib. IV. tit. 12. de perpetuis et temporalibus actionibus — Cod. lib. VII. tit. 39. de praesciptione XXX vel XL annorum.*

Secondo il modo che tiene il reo in ispegarsi sull' azione contro a lui mossa, si determina in gran parte l' ulteriore corso del giudizio.

Perocchè, se egli contraddice le circostanze di fatto su cui si fonda l' azione, l' attore deve, secondo dicemmo più sopra, quando non voglia abbandonare la sua dimanda, offrire la prova della sussistenza del dritto che gli si contrasta. Se questa prova gli riesce, il re si condanna (secondo la formola dell' istruzione rimessa al giudice: *si paret — condemna*). Se, per contra, l' attore non prova, il reo resta assolto dall' azione (secondo le parole della stessa formula, si non *paret — absolve*).

Se poi il reo riconosce francamente in giudizio, *in iure*, la verità di ciò che si chiede, senz' allegare cosa veruna in sua difesa, non solo lo si ha per confesso, ma anche, senz' altra discussione, per condannato. *Confessus in iure habetur pro iudicato.*

Finalmente, se il reo riconosce in generale come fondata la dimanda, ma invocando certe nuove circostanze, certi fatti, i quali se fossero veri, renderebbero inefficace tutta od in parte l' azione ancorchè fondata giuridicamente, per motivi di equità, e lo garantirebbero dalla condanna che gli si minaccia, si dà luogo a quel che dicesi eccezione, *exceptio*, nello stretto senso della parola.

Una piena possibilità di allegare efficacemente coteste *exceptiones* era data mediante il *litigare per formulam;* poichè il *magistratus* poteva espressamente nella formula d' istruzione permettere od ingiungere al *iudex* di prendere in considerazione, nell' esame e decision della causa, l' *exceptio* dedotta dal convenuto. Ciò era posto dal *magistratus* nella forma di un dato caso di eccezione, nel quale il convenuto, sebbene vi si dicesse: *paret*, pure no 'l si dovea condannare.

La formula d' istruzione pel *iudex* suonava allora così: *si paret-condemna, si non etc.;* per es. *si non convenit, ne ea pecunia peteretur.* Un simil caso di eccezione doveva sempre venir espresso nella *formula;* tuttavia ciò subiva una assai generale modificazione rispetto alle *bonae fidei actiones.* La natura di esse e la *intentio* ch'è di fondamento all'azione e per la quale l' attore non chiede dal reo se non ciò che gli si deve *ex fide bona,* importava di per sè che il *iudex ex aequo et bono* potesse e dovesse prendere in considerazione certe eccezioni, quando pur non fossero state specificatamente inserte nella *formula.* Eran queste tutte quelle eccezioni che, secondo il loro contenuto, miravano ad incolpare l' attore di voler agire *contra bonam fidem,* quindi sotto un certo rapporto *dolose,* giacchè egli insorge con la sua azione non ostante alcune circostanze che contraddicono alla sua dimanda. Ed è ciò appunto quel che i romani così esprimono: *bonae fidei iudiciis exceptiones insunt.* Abolita la procedura formulare tale inserzione dell' *exceptio* nella *formula* non fu più in uso. Ma però di regola, l' eccezione, quando già non s' intendesse da sè, dovea dedursi dal convenuto nel risponder ch' ei faceva all' azione.

Del tutto equivalente alla voce *exceptio* è nel nuovo dritto romano la voce *praescriptio.* In origine però dicevansi *praescriptiones pro reo* quell' eccezioni che non erano dal *magistratus* inserite nella *formula* pel *iudex* come norma per giudicare della causa e per regolarne la condanna, ma, poste in testa di tal *formula,* messe in certo modo innanzi ad essa, contenevano pel *iudex* l' avvertimento di non dar principio al *iudicium* sotto certe date circostanze, od almeno di sospenderlo anzi tutto sino a che non fossero risolute certe preliminari quistioni pregiudiciali. Più tardi le *praescriptiones* non furono più distinte formalmente dall' *exceptiones.* Quest' ultima espressione fu d' ora innanzi ricevuta come generale, avvegnachè la voce *praescriptio* si fosse ancor sempre conservata per certe eccezioni, che prima aveano avuta la propria forma della prescrizione.

Di simili eccezioni se ne possono immaginar tante quanti sono in generale i fatti, per cui il convenuto, non ostante che s' abbia dritto ad agire contro di lui, non può essere condannato senza ingiustizia, sia che quelle circostanze facciano per sempre impossibile la condanna, e quindi annullano interamente l' azione intentata, *exceptiones perpetuae, s. peremptoriae;* sia che solo per alcun tempo impediscano la condanna, e però sogliono differire l' azione ne'suoi effetti, *exceptiones temporales, s. dilatoriae.* Ma sempre il convenuto deve provare la verità del fatto che serve di base alla *exceptio* quando viene impugnata dall' attore.

Eccezione di assai generale natura, almeno nel nuovo dritto romano, e però degna di esser quì rilevata, è quella che si deduce dal corso di un certo tempo, *exceptio s. praescriptio temporis.* Ed in vero, mentre altre volte soltanto certe determinate azioni, specialmente quelle che aveva introdotte il pretore, erano sperimentabili in un certo tem-

po, e però dette *temporales actiones*, e tutte le altre duravano in perpetuo, *perpetuo*, dagli imperatori Onorio e Teodosio fu statuito che tutte le azioni, le quali non fossero sino allora legalmente limitate ad un breve tempo, dovessero durare soli 30 anni, e dirsi in questo senso *actiones perpetuae*. Chi, dopo il lasso di questo termine, si fa ad esperimentare l'azione già prescritta, pericola di vedersi il convenuto venirgli deducendo l'*exceptio s. praescriptio triginta annorum*, l'eccezione cioè di prescrizione; per cui si decade dalla dimanda.

Del resto questa durata delle azioni per lo spazio di 30 anni, già divenuta oggi di regola, soffre eccezioni sotto un duplice rispetto. Poichè anzi tutto ci ha azioni nel nuovo dritto romano che van prescritte in un tempo più breve, per es. in uno, due, quattro o cinque anni, anzi solo in alcuni mesi, e ancor oggi, come una volta, le si dicono *actiones temporales*. Inoltre v' ha di quelle che perdurano non già 30, ma 40 anni.

Actore enim non probante qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit. Antonin. *in c. 4. C. II, 1, de edendo.*

Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. Paul. *in fr. 1. D. XLII, 2 de confessis.*

Comparatae sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut, licet ipsa persecutio, qua actor experitur, justa sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur.

Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras, palam est, jure civili te obligatum esse, et actio, qua intentitur, dare te oportere, efficax est. Sed iniquum est, te condemnari, ideoque datur tibi exceptio, quod metus causa, aut doli mali, aut in factum composita, ad impugnandam actionem. *Pr. et § 1. Inst. IV, 13 de except.*

Appellantur autem exceptiones aliae perpetuae et peremptoriae, aliae temporales, et dilatoriae. Perpetuae et peremtoriae sunt, quae semper agentibus obstant, et semper rem, de qua agitur, *perimunt;* qualis est exceptio doli mali, et quod metus causa factum est, et pacti conventi, cum ita convenerit, ne omnino pecunia peteretur. Temporales atque dilatoriae sunt, quae ad tempus nocent et temporis *dilationem* tribuunt: qualis est pacti conventi, cum convenerit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium. *§ 9 et 10. Inst. eod.*

Hoc loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quae ex lege senatusve consulto, sive ex sacris costitutionibus proficiscuntur, *perpetuo* solere antiquitus competere, donec sacrae constitutiones tam in rem, quam in personam actionibus certos fines dederunt, eas vero, quae ex propria praetoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere: nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium, pr. Inst. IV, 12. *de perpet. et temp. act.*

Hae autem actiones annis triginta continuis extinguuntur, quae perpetuae videbantur, non illae, quae antiquis temporibus limitabantur. Honor. et Theodos. *in c. 3, C. VII,* 39 *de praescrip. XXX et XL ann.*

§. 60.

Repliche e Dupliche,

Gai. *Comm. lib. IV. § 126 sqq. — Inst. lib. IV, tit. 14, de replicationibus.*

Nel modo stesso che il convenuto oppone all' *actio* una *exceptio*, l' attore può contrapporre anch'egli all' *exceptio* una *replicatio* e 'l con-

venuto stesso rispondervi con una *duplicatio*. Anzi, quando i particolari della causa lo comportino, può aver luogo una più lunga sequela di atti di scambievole difesa. La *replicatio* sta all'*exceptio*, e la *duplicatio* alla *replicatio* nello stesso rapporto in che l' *exceptio* è con l' *actio*.

Interdum evenit, ut exceptio, quae prima facie justa videatur, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia, quae replicatio vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur vis exceptionis.

Rursus interdum evenit, ut replicatio, quae prima facie justa sit, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi rei gratia, quae, duplicatio vocatur. Et si rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam inique actori noceat, rursus allegatione alia opus est, qua actor adjuvetur, quae dicitur triplicatio. Quarum omnium *exceptionum* usum interdum ulterius, quam diximus, varietas negotiorum introducit. *Pr. § 3 Inst. IV, 14 de replicat.*

Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones et a parte actoris veniunt; quae quidem ideo necessariae sunt, ut exceptiones excludant. Semper enim replicatio ideo objicitur, ut exceptionem oppugnet. Ulpianus in fr. 2 § 1. D. XLIV, 1, *de except.*

§. 61.

Termine del giudizio per mezzo della sententia *e della* res judicata.

Dig. lib. XLII, tit. 1, de re judicata et de effectu sententiarum.

In generale il *judex* ha nel corso degli atti processuali *in judicio* molte occasioni di dar fuori delle disposizioni, le quali, come *interlocutiones*, mirano a dirigere la causa. Quivi apparteneva, negli *arbitrariis judiciis*, la risoluzione preliminare già menzionata di sopra (1), *arbitrium*. Ma ben più importante è la sentenza finale, *sententia*, ch'è il termine del giudizio, e dicesi anche per questo *definitiva sententia*. Per tal guisa il giudice deve, secondo le circostanze, o condannare il convenuto se lo ha per debitore, o liberarlo dall' azione, assolverlo, quando manchino le condizioni per la condanna. Gli è questo il regolare contenuto della *sententia*. Soltanto nelle cause pregiudiciali non v' era bisogno nè di una formale condanna, nè di una formale assoluzione del reo: perocchè l'azione pregiudiciale mirava direttamente al *petitum*, e non era diretta eziandio alla condanna di questo o di quel convenuto. La *sententia* consisteva piuttosto, quando era favorevole all'attore, nella giudiciale pronunziazione che un rapporto di dritto più o meno importante nelle sue conseguenze, dall' attore affermato, e la cui esistenza fosse pregiudiziale per un altro rapporto giuridico, era in realtà esistente (2). L' attore stesso può e deve regolarmente mediante la sentenza assolutoria, quindi ancora quando perde la causa, essere respinto dalla sua azione, non già pure, per la sua persona,

(1) V. § 56, n. 4.
(2) V. § 56, n. 6.

condannarsi, eccetto nelle spese del giudizio. Tuttavia in certe azioni e giudizî accade che ambo le parti, l'attore e 'l convenuto, possono essere condannate. La ragion n' è semplice, ed è, che qui ognuno dei due contendenti vale come attore e convenuto; non è che accidentale il comparire alcuno come attore e prenderne il nome. Del resto se la sentenza importava condanna, essa, almeno dall' introduzione del processo formulario, senza riguardo all' obbietto dedotto in giudizio, dovea di necessità richiedere il pagamento di una somma pecuniaria, la cui precisa determinazione era rimessa al giudice. Una condanna ad un' altra prestazione è divenuta possibile solo nel dritto romano posteriore.

Conforme all' indole dell' *ordo judiciorum privatorum*, atteso lo speciale rapporto del *judex* col *magistratus* avveniva che il primo, nella pronuncia, *pronunciatio*, della *sententia*, dovea sempre attenersi alla istruzione comunicatagli dal magistrato per quel dato giudizio. Ma appunto qui si mostrava la importanza della distinzione tra una *formula* più o meno rigorosa, secondo che le cause da decidersi fossero *bonae fidei* o *stricti juris judicia, arbitraria* o *non arbitraria judicia* (1).

In origine, da qualsivoglia sentenza, non sì tosto veniva pubblicamente pronunziata, il che seguiva oralmente ed in presenza delle parti, risultava una *res judicata*, cioè dire, la cosa era irrevocabilmente giudicata, e 'l contenuto della sentenza valea solo in riguardo di coloro che furono parti nella lite, *partes*, come una verità immutabile. Lo stesso giudice non vi potea nulla cangiare. Con la *pronunciatio sententiae* tutta la sua missione era finita per quel giudizio.

In origine contro il contenuto di una sentenza non si dava alcun ordinario e regolare aiuto giuridico a colui che credeva di esserne danneggiato. Solamente ei poteva rimoverlo col mezzo straordinario della *restitutio in integrum* quando pur fossegli riuscito di ottenerla contro la sentenza. Già contro esuberanti disposizioni di un *magistratus* era divenuto possibile per modo indiretto un proprio aiuto, in quanto che la parte che credevasi lesa poteva ottenere per sè un più alto od almeno un eguale *magistratus populi romani* od un tribuno del popolo, e così era possibile usare del dritto d' intercessione in suo favore. Ciò dicevasi primitivamente *appellare* (*magistratum*). Da ciò seguiva che quell' atto, contro il quale il secondo magistrato poneva il suo *Veto*, era cassato, od almeno provvisoriamente sospeso. Ma questo mezzo era insufficiente sotto più di un rapporto. Imperocchè solo in Roma avea luogo, giacchè quivi soltanto esistevano più magistrati aventi un' eguale giurisdizione. Le *sententiae* propriamente giudiziarie erano, come pare, sottratte in tutto ad una simile procedura. Solo al tempo del governo imperiale si diè luogo, con una istanza formalmente ordinata, alla possibilità di una *provocatio*. Da quell' ora una parte, che credevasi ingiustamente offesa da una *sententia*,

(1) V. § 56, n. 3 e 4.

o da un' altra disposizione giudiziale, potè infra certi termini legalmente prescritti invocare l'aiuto di un giudice superiore, che aveva in tal caso da esaminare la prima sentenza, e, secondo le circostanze, confermarla o riformarla. Quando l' antica primitiva *appellatio* fu del tutto venuta in disuso, la *provocatio* di un tempo s' indicò col nome stesso di *appellatio*. Onde d' allora, nel nuovo drittō romano, una *sententia* vale come *res iudicata*, come immutabile sol quando secondo date circostanze non sia più ammessibile verun altro gravame. Ma, naturalmente, con la possibilità di tale appello non vuolsi confondere la circostanza che una sentenza possa talvolta di per sè apparire come nulla, quando cioè, manchi una sostanziale condizione per la sua giuridica esistenza.

Il contenuto di una sentenza di condanna ed irrevocabile obbliga il reo al *iudicatum facere*, e contra di lui vien l' attore a conseguire per essa un nuovo dritto di obbligazione derivante immediatamente dalla *res iudicata*. Per l' attuazione di siffatta obbligazione compete allo stesso attore l' *actio iudicati*, e può a tal fine chiedere l' esecuzione della sentenza. Nondimeno forza è ch' ei si rivolga al medesimo *magistratus*, e non già al *iudex*. Poichè, dapprima, tutto l' ufficio di quest' ultimo, sol chiamato ad eseguire l' incarico che gli dava il *magistratus*, finiva da sè con la pronunziazione della *sententia*. Inoltre il *iudex* non avea verun *imperium*, e senza questo non si poteva ordinare la reale esecuzione del giudicato. Di qui si vede come in origine gli ammessi mezzi di esecuzione consistevano tutti in una indiretta coazione del condannato, e perciò solo contro la persona di lui. Oltracciò ogni immediata e violenta immissione nel possesso e nella proprietà delle parti contradiceva, secondo il concetto romano, alla essenza della pura *obligatio*, tal quale risultava dalla *res iudicata*, e che quando non fosse per avventura assicurata con un dritto di pegno, non colpiva che la persona del debitore. Per contrario, i mezzi immediati di esecuzione contro la persona, specialmente la *manus iniectio*, erano assai rigorosi, e potevano menare sino alla schiavitù del condannato. Il nuovo dritto romano si slontanò vie più sempre da questo principio, ed ammise una esecuzione anche contra il patrimonio. Questo mezzo di esecuzione fu innanzi tutto la *missio in possessionem* introdotta dal pretore Rutilio con tutte le sue conseguenze; od il giudiziario sequestro del condannato, *pignus in causa iudicati captum*. Anche un diretto costrignimento per l' esecuzione del giudicato trovò luogo, almeno, nel nuovissimo dritto romano, specialmente là dove si trattava di esibire o restituire una cosa, cioè dire togliendo la cosa controversa per mano di ufficiali agenti per ordine del *magistratus*, *manus militaris*.

Praeses provinciae non ignorat, definitivam sententiam, quae condemnationem, vel absolutionem non continet, pro justa non haberi. Imp. Alexander in c. 3 C. VII 45 de sent. et Interloc.

Iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est — sed, aestimata re, pecuniam eum condemnat. Gai IV, §, 48.

Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronunciatione judicis accepit: quod vel condemnatione, vel absolutione contingit. MODESTINUS in fr. 1, D. XLII, 1, *de re judic.*

Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo judicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed, si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa judicati teneri. GAI *IV*, § *180*.

Res judicata pro veritate accipitur ULPIANUS *in fr. 205 D. L, 17 de reg. jur.*

Saepe constitutum est, res inter alios judicatas aliis non praejudicare. MACER *in fr. 63 D. XLII, 1 de re jud.*

§. 62

Termine del giudizio senza la sentenza.

In generale il giudizio finisce regolarmente per mezzo della *sententia* e della *res judicata*. Tuttavia esso potea talvolta finire e sin dai primi tempi in altra maniera.

Di fatti, se il reo avesse senza più riconosciuto *in jure* la sussistenza della dimanda cessava il bisogno di dar luogo ad un *judicium;* non era mestieri di una sentenza di condanna per ciò che si racchiudeva nella *confessio in jure*. Egli era bentosto tenuto come irrevocabilmente condannato, *pro condemnato*, e però lo si risguardava conforme a questo concetto. Sol dove la *confessio in jure* non era appunto diretta ad una determinata somma di danaro, ivi in generale dovea nominarsi un *judex*, il quale si occupava non *de re judicanda*, ma solo *de re aestimanda*.

Lo stesso avvenia quando l' avversario non compariva a rispondere sull'azione istituita, e in conseguenza si rifiutava di accettare il *judicium* e niuno, come *idoneus defensor*, lo assumeva per lui. Egli si risguardava qnale *indefensus*, senza più come *damnatus*.

Oltre ciò, secondo l'antico dritto romano, il giudizio già intentato perimevasi alle volte da sè col decorrimento di un dato tempo infra il quale doveva essere compiuto. Tale prescrizione del giudizio non è da confondere con la suddetta prescrizione dell'azione. Sotto questo rapporto tutt' i giudizî si dividono in *legitima judicia, quae legitimo jure consistunt*, ed in quelli, *quae imperio continentur*. I primi, cioè que'giudizî, che in Roma stessa o *intra primum milliarium*, fra cittadini romani, innanzi ad un singolo *Iudex* erano intentati, dovevano, secondo la *lex Julia judiciaria*, non durare più di un anno e sei mesi. Onde perimevansi da per sè quando in questo frattempo non si fossero condotti a termine. Di tutti gli altri giudizî si diceva che *imperio continentur*, e si estinguevano tostocchè quel *magistratus*, che avea destinato il *judex*, perdeva l'*imperium* innanzi che la sentenza fosse pronunziata dal giudice. Nel nuovo dritto romano cadde in disuso non solo la distinzione tra *legitima judicia* ed i *judicia, quae imperio continentur*, ma anche tutta l' idea della prescrizione del giudizio che vi andava congiunta.

§. 63.

Le Cauzioni.

Gai. *IV.* § 88. — 102 — *Inst. lib. IV. tit.* 11 *de satisdationibus. Dig. lib.* 11. *tit.* 8. *qui satisdare cogantur* — *Cod. lib.* 11. *tit.* 57. *de satisdando.*

Fra gli altri moltiplici mezzi che ammette il gius romano a tutela de'dritti, e che sono in istretto collegamento col giudizio, quì meritano di essere mentovate le *cautiones*, la *missio in possessionem*, e la *in integrum restitutio*. Noi possiamo, in effetti, secondo le circostanze, esigere anticipatamente da colui, contro il quale attualmente od almeno per l'avvenire abbiamo a pretendere una data cosa, la dazione di una sicurtà per la futura esecuzione dell'obbligo che corrisponde al nostro dritto. Questa sicurtà, detta *cautio*, vien sempre data mercè patti convenzionali, ma quando in un modo e quando in un altro. Difatti ora con semplice, e talvolta ancor giurata promessa di futuro adempimento; onde noi conseguiamo un' azione là dove prima non ne avevamo alcuna, od avendola, ci si procura un' altra più vantaggiosa, o per cagione della promessa giurata possiamo tenere assai più sicuro il pagamento; ora, ed è questo il modo più efficace, mercè l' intervento di mallevadori che ci garentiscano l' adempimento, *satisdatio ;* ora, in fine, mercè la consegna di pegni che noi, a un bel bisogno, potremo con la vendita di essi convertire in danaro. Se, quando, e come possiam chiedere siffatta prestazion di cauzione in un caso particolare, dipende naturalmente dalle circostanze.

Alcuni casi principali dell' obbligo di prestar cauzione si connettono immediatamente col procedimento civile. Poichè quì, prima che altro, il proprio rapporto dell' attore col reo fa sì che il primo possa spesso esigere dal secondo una prestazione di sicurtà, verbigrazia, che il reo dovrà in effetti, nel caso di sua condanna, pagare il *iudicatum*, cioè quello a cui egli sarà irrevocabilmente condannato, *cautio, satisdatio iudicatum solvi*. Molte altre delle cauzioni, che hanno luogo nel procedimento civile, si riferiscono alla sicurtà di una parte pel pericolo di capricciosi procedimenti e cavillazioni temibili dall'altra. *Calumnia*.

§. 64.

La Missio in possessionem.

La *missio in possessionem* serviva anch'essa non di rado, come la prestazione di una cauzione, per sicurare un dritto attuabile nell' avvenire, *rei serrandae causa*. Ma spesso ancora non era che un mezzo di costrignimento contro l'inubbidienza opposta alle ordinanze del giudice, *contumaciae coercendae causa*, ed in questo senso vien mentova-

ta di sopra (§. 61) come mezzo di esecuzione contro il reo condannato. Ma sempre presupponeva un decreto renduto dal *magistratus*, a richiesta della parte, *causa cognita*, mercè il quale a quello, il cui dritto doveva essere garentito, era conceduto di entrare nel possesso di tutto quanto il patrimonio, *missio in bona*, od almeno di singole cose del suo avversario, *missio in res singulas*. Sebbene per tal modo il *missus* per opra del *magistratus* non altro conseguiva immediatamente se non un dritto di detenzione e di sorveglianza sulla cosa altrui, di che prendeva il possesso, tuttavia la mercè d'altri effetti che vi erano congiunti, ne seguiva mediatamente che la *missio* raggiugnesse il suo scopo. Fra questi effetti vuolsi segnatamente noverare il pegno pretorio, che dal creditore introdotto nel possesso de' beni del suo debitore si acquistava, e che lo metteva in istato di attuare, quando era bisogno, mercè la vendita di essi, que' dritti, pe' quali era avvenuta la *missio*.

§. 65.

La in integrum restitutio.

Dig. lib. IV, tit. 1, de in integrum restitutionibus.

V' ha circostanze, nelle quali con l' *auxilium in integrum restitutionis* vien dato uno straordinario mezzo di dritto e di tutela. Si ammise ancor esso, come tante altre istituzioni del dritto romano, pel contrasto del *ius strictum* e dell' *aequitas*, e, sino a quando l' *ordo iudiciorum privatorum* formò la regola, fondò sempre un *extraordinarium iudicium*.

Ed in vero, ei può intervenire che, per l'applicazione di un principio di dritto molto giusto in generale, qualcuno per certe circostanze particolari in cui si trova, sia leso in modo assai turpe, e ridotto in una perniciosa condizione giuridica. In tal congiuntura egli non può senza dubbio dolersi del torto patito, giacchè nel fatto gli si è resa una stretta giustizia. Nullameno uno speciale soccorso di dritto sembra molto desiderabile in simili casi affin di rimuovere il contrasto che non di rado e non senza grande risentimento si scorge tra il *ius strictum* e l' *aequitas*.

Per lo che il pretore, come organo dell' *aequitas*, prometteva nel suo editto di venire in soccorso di chi si troverebbe in simili impacci, rimettendolo, dietro sua istanza, nello stato in cui s'era primachè seguisse l' avvenimento che gli nocque sia che questo consistesse in un dato atto dell' offeso, sia che in un altro caso, per esempio, nel decorso di un certo tempo, *Praetor in integrum restituit*. Allora ei rescindeva i rapporti di dritto fondati sul *ius strictum*, così che fossero risguardati come non mai avvenuti.

Ma naturalmente il pretore prometteva cotesto straordinario aiuto, *extraordinarium auxilium*, tanto diverso dagli ordinari sussidi giuridici, a chi glielo avrebbe richiesto solo col più grande riservo,

praevia causae cognitione, e sotto certe determinate condizioni. Ed in prima era mestieri che si fosse sofferto un vero danno, una *laesio*, da chi dovrebbe restituirsi in intero. Secondamente colui, che domanda siffatta restituzione, salvo alcune eccezioni, non deve aver sofferto il danno per sua colpa. Di più, per ogni singolo caso di restituzione uopo è che non manchi un giusto motivo di equità in favore di così straordinario rimedio, *iusta causa restitutionis*. Il pretore indicava particolareggiatamente nell' editto le più importanti *iustas causas*, sicchè le si divideano in due classi, secondo che il motivo della *restitutio* si fondava su di un favore alla minore età, come tale, *restitutio minorum*, ovvero su circostanze favorevoli anche a'maggiori, *restitutio maiorum*, come per es. *vis ac metus* — *dolus* — *absentia* — *error*. Nondimeno il pretore si riferiva alla così detta *generalis clausula* per dare la *restitutio* secondo il suo *arbitrium*, ove gli paresse equo, anche in casi simili e per altri motivi. Finalmente lo stato delle cose debbe essere tale che al danneggiato non possa soccorrersi per via regolare e meno violenta.

Utilitas huius tituii (de in integrum restitutionibus) non eget commendatione ; ipsa enim se ostendit. Nam sub hoc tituio piurifariam praetor hominibus, vei lapsis, vei circumscriptis subvenit, sive metu, sive calliditate, sive aetate, sive absentia inciderunt in captionem, sive per status mutationem, aut iustum errorem. Ulpianus et Paulus, *in fr. 1, et 2 D. IV, 1 de in integr. restit.*

Verba edicti talia sunt : Item si qua alia mihi iusta causa videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum, licebit. Ulp. *in fr. 1, D. IV, 6, ex quibus causis majores.*

In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere, citra in integrum restitutionem. Nam, si communi auxiiio, et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium. Ulp. *in fr. 16 pr. D. IV, 4, de minor.*

Omnes in integrum restitutiones, causa cognita, a praetore promittuntur, scilicet ut iustitiam earum examinet, an verae sint, quarum nomine singuiis subvenit. Modestinus, *in fr. 3, D. eod.*

LIBRO SECONDO.

IL DRITTO DELLE PERSONE, O TEORIA DELLE PERSONE E DELLE CONDIZIONI DELLA LORO CAPACITA' DI DRITTO.

§. 66.

Idea del dritto delle persone.

I dritti esistono per le persone, e sol può parlarsi di dritti là dove sieno delle persone. E però l' ordine naturale delle idee richiede che la teoria delle persone, cioè de'subbietti del dritto, come portatori dei dritti, sia preposta allo speciale svolgimento de' diversi dritti che possono competere alle persone. Il nome di dritto delle persone, per questa parte del giuridico sistema, trovasi già presso i romani, almeno co-

me *ius*, *quod ad personas pertinet*. Eglino intendono con esso la dottrina della distinzione degli uomini secondo la loro diversa condizione nello Stato, e della diversa capacità di dritto che ne deriva.

Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Ac prius de personis videamus. Nam parum est, ius nosse, si personae, quarum causa constitutum est, ignorentur. § 12, Inst. I, 2, *de iure nat.*

CAPITOLO PRIMO.

PRINCIPÎ GENERALI SULLE PERSONE.

§. 67.

Persona e Status.

Inst. lib. 1, tit. 16 de capitis deminutione — Dig. lib. IV, tit. 5, de capite minutis.

Persona, nel senso tecnico, giuridico della parola, dinota un ente che può essere soggetto di dritti, cioè, riconosciuto capace di avere dei dritti senza considerare se in realtà ne abbia e quali. Il contrapposto si ha nella *res*, la quale non può avere de'dritti, ma solo è atta a divenire oggetto di essi.

Non ogni uomo, come tale, è capace di dritto, è *persona* secondo l'idea romana, ma solo colui che abbia uno stato, e cioè quelle qualità che sono la condizione fondamentale, *caput*, della capacità di dritto. Ma, potendo la capacità di dritto venire affigurata in un grado più o meno alto, più o meno compiuto, si possono eziandio immaginare molti gradi dello *status*. I romani ammettono tre stati in particolare, che si collegano tra essi per guisa, che lo stato di un grado maggiore presuppone essenzialmente la esistenza del minore, mentre che questo può essere immaginato senza il maggiore. Chi perde uno di questi stati, soffre una *capitis deminutio, o minutio*, onde la sua precedente capacità giuridica, secondo le circostanze e sovrattutto secondo la specie dello *status* perduto, o nel tutto vien distrutta, od almeno diminuita. Quindi vi sono tante *capitis deminutiones*, quanti sono gli *status*.

Lo *status libertatis*, la cui perdita produce la *maxima capitis deminutio*, consisteva in ciò, che si era *liber homo*, non *servus*. Chi non avea questo *status*, *persona* non era, ma semplicemente *res*, e però incapace di alcun dritto.

Lo *status civitatis*, la cui perdita produceva, *salva libertate*, la *media capitis deminutio*, consisteva in ciò, che l'uomo libero era benanche *civis romanus*. Da siffatta qualità dipendeva non assolutamente qualsivoglia capacità di dritto, chè anche il *peregrinus* era *persona*, almeno capace del *ius gentium*, ma la capacità di compartecipare del *ius civile*. Da ultimo, lo *status familiae* consisteva in ciò, che il *civis* apparteneva eziandio ad una data *familia*, e però era capace di certi dritti,

a' quali solo i membri di cotesta *familia*, nella loro qualità di agnati, erano ammessi. Chi perdeva questo *status familiae*, cessando di appartenere alla sua famiglia, soffriva quella *capitis deminutio* che appellavasi *minima* (1).

Di quì venian sempre per lui dannose conseguenze, in quanto che egli restava privo di que' dritti fondati sull' agnazione rispetto a quella famiglia, dalla quale usciva. Ma per altro, ei divenia fondatore di una nuova *familia*, ovvero entrava nel tempo stesso in un' altra, in qualità di agnato, e così riacquistava in questa ciò che in quella avea perduto. Il perchè i romani consideravano la *minima capitis deminutio* non come una vera diminuzione o perdita che dir si voglia della precedente capacità di famiglia in generale, ma solo come un cambiamento di *familia*, come una *familiae mutatio*. Non è intanto con ciò da confondere la circostanza giuridicamente importante, che talvolta, per mezzo della *minima capitis deminutio* un *homo* già *sui iuris* diviene *homo alieni iuris*, *filiusfamilias*, nel qual caso non è più per sè stesso capace in realtà di certi dritti in generale, specialmente de' dritti patrimoniali. Non è questa una conseguenza immediata e necessaria dell' uscire da una *familia*, ma ciò va piuttosto accidentalmente congiunto con quel fatto. Per contrario può avvenire che per la sofferta *capitis deminutio minima* colui che già, come *filiusfamilias*, era *homo alieni iuris*, diventi *homo sui iuris*, e così sotto un certo rapporto acquista capacità giuridica. Gli stessi romani considerano direttamente la *minima capitis deminutio* come perdita de' dritti di agnazione che si aveano in una data famiglia.

Quante più cose erano subordinate all' esistenza dello *status*, tanto più importante era la giuridica ricerca se qualcuno si avesse effettivamente lo *status* che si faceva a pretendere. Cotale *status quaestio* poteva alle volte, per cagione de' dritti politici che ne dipendevano, sollevarsi nell' interesse dello Stato medesimo, affinchè nessuno in cose di pubblico interesse si arrogasse de' dritti, di cui fosse assolutamente incapace. Tal' era la *quaestio de libertate, vel civitate*. Simiglianti quistioni si potevano puranco introdurre in forma di un giudizio civile, quando alcuno per conseguire certe utilità di dritto privato, fondate su di uno *status*, pretendeva di avere uno *stato*, che altri gli contrastava, perchè vi era direttamente interessato. E poichè il dritto ad uno *status* è del numero di que' dritti, che secondo la loro indole si fanno valere contro ciascuno, così i romani accordavano per questo le *in rem actiones*, che aveano per iscopo il riconoscimento dello *status*. E appunto per la indole pregiudiciale dello *status* medesimo, la cui esistenza è condizione che rende possibili molti altri dritti in pro di una data persona, queste azioni formano parimenti delle *actiones praejudiciales* (2).

(1) Qui è da notare che talvolta la *minima capitis deminutio* è detta eziandio *minor* c. d. ed allora, come un suo contrapposto, la *maxima* e *media* vanno indicate con la frase *magna* c. d. o *maiores capitis deminutiones*.

(2) « L' azione pregiudiziale ha per iscopo, come l' azione *in rem*, di far sta-

Capitis deminutionis tria genera sunt, *maxima*, *media*, *minima*. Tria enim sunt, quae habemus, *libertatem*, *civitatem*, *familiam*. Igitur, cum *omnia haec* amittimus, hoc est, libertatem, civitatem, familiam, *maximam* esse capitis deminutionem; cum vero amittimus *civitatem*, libertatem retinemus, *mediam* esse capitis deminutionem; cum et libertas et civitas retinetur, *familia tantum mutatur*, *minimam* esse capitis deminutionem constat. PAUL. in fr. 11, D. IV. 5 *de capit. min.*

Non solum maioribus deminutionibus ius agnationis corrumpitur, sed etiam minima. GAI. I, §. 163.

Servus manumissus capite non minuitur, *quia nullum caput habuit*. §. 4, Inst. 1, 16, *de cap. dem.*

Praejudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber, vel libertus sit, vel de partu agnoscendo. §. 13, Inst. IV, 6, *de action.*

§. 68.

Gli uomini considerati soltanto come tali.

Dig. lib. 1, tit. 5, de statu hominum.

Certo, secondo l' idea del dritto romano, la qualità di uomo non attribuisce necessariamente da sè il carattere della personalità, e della capacità di dritto; è bisogno che vi si aggiunga lo *status libertatis*. Nondimeno siffatta qualità ha una grande importanza eziandio sotto il rapporto giuridico e per la capacità di dritto. Poichè gli uomini soli, e solo persin ch'esistano, possono avere e conservare uno *status*.

È considerato come uomo ogni individuo separato da un essere

« bilire giudiziariamente la verità di una cosa: ma 1.° essa non tende, come nel« l'*actio in rem*, a fare stabilire l'esistenza di un dritto assoluto o di un fatto pro« duttivo di un dritto assoluto, come nell' azione ipotecaria; essa mira a compro« vare uno *status* nel senso di *conditio personarum*, un dritto su di una perso« na, od in fine un fatto determinante i rapporti subbiettivi di una persona; 2.° nel« le azioni reali propriamente dette la prova giudiziaria di un dritto deve inoltre « condurre immediatamente ad una condanna, per guisa che al litigio intorno al « dritto assoluto si colleghi strettamente un' obbligazione personale per parte del « possessore; mentre che, nell' azione pregiudiziale, nel *praejudicium*, preso in « senso stretto, lo stabilimento di un punto litigioso rimane isolato e senza con« danna, salvo il dritto di giovarsene dappoi in altra causa, od in altra maniera. « Così provata una volta la paternità mediante un *praejudicium*, si può agire per « ottenere gli alimenti; provata la qualità di patrono, l'azione relativa alle *operae* « può essere intentata; medesimamente da un *praejudicium* può dipendere la « quistion di sapere se un' azione sia *famosa*, se una persona abbia il dritto di « chiamare un'altra dinanzi al pretore senza un precedente permesso. L. 6, D. *si ingenuus* (XL. 14); L. 18, pr. D. de prob. (XXII, 3); L. 5, § 18, D. de agnosc. (XXV, 3).

« Le azioni pregiudiziali sono dunque *in rem* non solo per la loro forma as« soluta, ma anche perchè hanno un fondamento, che, se non è lo stesso, è però « simile a quello delle azioni reali propriamente dette; nè altrimenti ragionò Giu« stiniano quando disse: *praejudiciales actiones in rem esse videntur* ». Così lo *Zimmern* nella sua opera: *Der rom. Civilprozess in geschichtl. Entwickelung bis auf Justinian.* — Il Trad.

umano; con bastevole sviluppo, e nato vivo (1); basta solo che non sia *monstrum*. Ma, supposte pure queste condizioni, la qualità d'uomo, con plenitudine di effetti giuridici, non incomincia che al momento della nascita compiuta, cioè quando il figliuolo si distacca dalla madre. Poichè il solo *partus editus* ha per sè una organica esistenza indipendente; mentrechè l'embrione nel seno materno, *nasciturus*, *venter*, *qui in utero est*, non peranco vien considerato giuridicamente siccome un *homo* per sè, ma solo come una parte di sua madre. Pertanto, si prende anticipatamente in considerazione l'esistenza indipendente che avrà quando che sia, e vi si provvede. A ciò si riferisce il principio: *nasciturus habetur pro iam nato quotiens de commodis ipsius partus quaeritur*. Al momento della morte in cui cessano le organiche funzioni dell'individuo, l'uomo, come tale, finisce.

Gli uomini possono in vero, indipendentemente dal triplice loro *status* già discorso nel precedente paragrafo, differire molto tra loro secondo le naturali o sociali qualità (i così detti *status naturales*), cioè, secondo la età, il sesso, la salute, l'onore civile, e via discorrendo. Ma ci pare più dicevole allo scopo di queste nostre Instituzioni il notar siffatte differenze unicamente in occasione di que' rapporti giuridici, su cui direttamente adoperano, o da' quali traggono origine, tanto più che esse figurano in fondo non già come diversità di persone, come tali, ma solo siccome diversità di uomini.

Qui *mortui* nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt. PAUL. in fr. 129, D. L. 16, *de verb. sign.*

Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur; veluti si mulier *monstruosum* aliquid, aut *prodigiosum* enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus, et ideo inter liberos connumerabitur. PAULUS, in fr. 14, D. 1, 5, *de statu hom.*

Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, *quotiens de commodis ipsius partus quaeritur*; quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit. PAULUS, in fr. 7, D. eod.

Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse. JULIAN. in fr. 26, D. eod.

---

(1) La *vitalità* non era richiesta; almeno non ci ha frammenti che ne facciano esplicita menzione. V. SAVIGNY, *Sistem* II, p. 385; THIBAUT, *Sistem des Pandekten-Rechts*, §. 104; VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, §. 32. — Veggasi pure la L. 12, §. 1, D. 28, 2. — Il termine di 182 giorni, di che si discorre nella leg. 12, Dig. I, 5; leg. 3, § 12, D. 38, 16; leg. 2, 3, Cod. 6, 29, si riferisce a'soli dritti dello *status*. — Il Trad.

§. 69.

Homines sui vel alieni iuris.

Inst. lib. 1 *tit.* 8 *de his, qui sui vel alieni iuris sunt.*
(*Dig. lib.* 1, *tit.* 6, *eod.*)

Alla *pubblica potestà* dello *Stato* sono sottoposti tutti gli uomini. Sotto questo rapporto gli uomini sono dunque eguali tra loro, e solo per la loro attività nello Stato ed il loro rapporto inverso di esso differenziano secondo che sono liberi o schiavi, cittadini romani o peregrini. Ma il dritto romano riconosceva, di presso a tale pubblica potestà dello Stato, anche un certo imperio di famiglia, certe potestà e signorie, che potevano competere ad un uomo sovra altri uomini, liberi o no, fondate su ragioni di *puro dritto privato*, e portanti il carattere di un semplice rapporto di famiglia.

Il nome più comune che si desse a consimili potestà private era *ius*, in questa peculiare accezione della parola, ovvero *potestas*. Quegli che non era sottoposto a nessuna di queste potestà, e perciò al tutto indipendente sotto il rapporto del dritto privato, e non soggetto che unicamente alla potestà pubblica, si diceva *homo sui iuris*, *suae potestatis*. Chi, per contrario, era soggettato a queste private potestà, si appellava *homo alieni iuris*, *alieno iuri subiectus*. L' espressioni *paterfamilias*, *materfamilias*, dinotano per punto un *homo sui iuris*, e l' altra di *filiusfamilias*, *filiafamilias*, un *homo alieni iuris*. Però tali potestà hanno un più stretto significato quando si limitano al rapporto della *patria potestà* e della *manus*, secondo che a queste si è oppur no sottoposti.

Il *ius* sovra gli uomini non liberi era soltanto di una sola specie, e formava la *dominica potestas*, alla quale era sottoposto il *servus* propriamente detto. Essa poteva competere non solo agli uomini, ma pure alle donne, non solo ad una, ma anche a più persone in comune. Finalmente per l' *homo alieni iuris*, uomo o donna che si fosse, produceva una totale assoluta incapacità di dritto sino a ridurlo in condizione di una semplice cosa.

Per contrario, i *iura* su gli uomini liberi, le potestà di famiglia in senso stretto, erano di tre specie. La più importante, e in certo modo la forma fondamentale da cui derivavano tutte le altre, era la *patria potestas*, potestà rigorosa di famiglia, appartenente ad un ascendente paterno maschio, alla quale erano soggetti i suoi figli nati del suo matrimonio, e, sotto certe condizioni, anche i suoi nipoti, pronipoti etc., senza riguardo di sesso. Come un secondo *ius*, diverso sì, ma pur modellato sulla *patria potestas*, ci si offre la *manus*, rigorosa potestà di famiglia ancor essa, la quale competeva al marito, come tale, però non sempre e non già come una conseguenza inevitabile di ogni matrimonio secondo il dritto civile romano, ma la si avea *si*

uxor in manum mariti convenerat. Questa *manus mariti*, che in origine solo il vero marito aver potea, fu estesa anche più tardi per molti e singolari modi a casi diversi dal matrimonio, per guisa che qualcuno poteva avere in *manu* una persona anche senza esserle marito, e però non per sola *matrimonii causa;* ma tal persona non poteva non essere donna.

Viene in ultimo, come terza specie, quel *ius* che ad una persona spettava su quell' uomo, che essa aveva *in mancipio*. Questa potestà era in istretta relazione colle due altre potestà di famiglia su i liberi, ma di un carattere al tutto diverso. Ed in vero nella *patria potestà*, non meno che nella *manus* riconoscevasi il dritto di chi avea tal *potestas* o *manus*, di vendere le persone soggette alla sua potestà familiare, e mediante la mancipazione ridurle sotto la soggezione di un altro. Se chi avea l'uno di questi due poteri si avvaleva di tal dritto, rinunziava egli stesso al *ius* avuto sino a quell' ora sulla persona a lui soggetta. Per contrario, il terzo per cui si era fatta la *mancipatio*, acquistava sul mancipato, senza distinzione di sesso, quel potere che tecnicamente s' indicava con la espressione *in mancipio esse*, od *habere*.

Altri veri *iura* e poteri di famiglia su i liberi, oltre i tre menzionati, non v' erano. Non vi appartiene la *tutela* o *cura*, nemmeno rispetto al tempo più antico, cioè dire, quando essa aveva un carattere più che rigoroso, e si equiparava talvolta ad un *ius*, o ad una *potestas*. Per contrario sotto la tutela non potevano e dovevano stare altri che i soli *homines sui iuris*.

Pertanto, tutti e tre i *iura* più sopra discorsi possono essere più svolti quando ci verrà il destro di discorrere de' rapporti di famiglia, con cui direttamente si annodano, val dire de'rapporti tra gli ascendenti e i discendenti, e del matrimonio. Nondimeno qui tornano opportune le seguenti osservazioni generali e comparative; giacchè mirano a spandere anticipatamente una chiara luce su tutta quanta la dottrina.

Tutti questi poteri su persone libere risalivano a tempi remotissimi : erano emanazioni e vestigia della primitiva costituzione patriarcale, e fondavansi sullo stretto *ius civile*. Laonde soltanto i cittadini romani potevano averle, e solo cittadini romani esservi sottoposti, mentre la *dominica potestas* vien dai romani dichiarata di *iuris gentium*.

Tutti e tre erano, nella primitiva loro forma, molto rigorosi, spesso agguagliati e rassomigliati ancora da' romani stessi alla *dominica potestas*. Essi ravvicinavansi, in effetti, in molti punti importanti, e più notevolmente alla potestà del padrone su i servi ; sendochè le persone lor sottoposte, non più nè meno che il *servus*, erano incapaci di aver beni propri, e, a somiglianza ancora degli schiavi, tutto che acquistassero, l'acquistavano per chi aveva il *ius*, e così mancava per esse ogni civile indipendenza per ciò che spetta al patrimonio. Ma, tuttavia, differenziavano essenzialmente dalla *dominica potestas* in ciò, che essi mai non toglievano la libertà e la ingenuità,

compatibili anche colla cittadinanza, e lasciavano in generale la capacità di avere i *iura status et familiae*. Il che era pure del *mancipio esse*, sebben questo nelle sue conseguenze fosse il più rigoroso potere per chi gli era sottoposto, e si avvicinasse più dappresso alla *servilis conditio*. Egli era *servi loco*, *tanquam servus;* poteva specialmente essere manomesso come uno schiavo e nella medesima forma, ma gli restava puranco *liberum caput*, e venia protetto da ogni soperchievole trattamento che fosse proprio degli schiavi.

Un'altra osservazione storica generale è da fare, ed è che tutti i poteri di famiglia su i liberi, a poco a poco, specialmente dal tempo degli imperatori, perderono la loro austerità, anzi alcune sparirono interamente. Così fu della *manus mariti* e, almeno in certo modo, dell'*esse in mancipio*, del che pochi e deboli vestigi sono rimasti.

Sequitur de iure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui ioris sunt, quaedam alieno iuri subiectae. Sed rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt. Gai., 1, § 48 et 49.

Sui iuris sunt familiarum suarum principes, id est, paterfamilias, itemque materfamilias. Ulpian., fr. IV, § 1.

Nam civium romanorum quidam sunt patresfamiliarum, alii filiifamiliarum, quaedam matresfamiliarum, quaedam filiaefamiliarum. Patresfamiliarum sunt, qui sunt suae potestatis, sive puberes, sive impuberes, simili modo matresfamiliarum. Filiifamiliarum et filiae, quae sunt in aliena potestate. Ulpian.. fr. 4, D., 4, 6, *de his, qui sui vel al.*

In summa admonendi sumus, adversus eos, quos in mancipio habemus, nihil nobis contumeliose facere licere, alioquin iniuriarum actione tenebimur. Gai. 1, §. 141.

§. 70.

Persone giuridiche.

L'idea di una persona si appresenta nel modo più semplice sol che si guardi all'unità naturale di un singolo individuo umano come portatore della personalità. Tale persona, di che soltanto si è discorso sin quì, suole oggidì appellarsi *persona fisica*.

Ma ci ha dritti che in parte sono di un'indole così fatta che soltanto uomini singoli, e perciò le sole persone fisiche possono imaginarsi come portatrici e soggetti di essi. Tali son que'che derivano dai propri rapporti di famiglia. Nondimeno si può imaginarne altri cui lo Stato riconosce, senza che vengano ristretti a singoli individui umani come portatori di essi. Tali sono, ad esempio, i dritti di patrimonio.

Ma, dovendo simili dritti applicarsi ed attribuire ad esseri che dalla natura stessa non ci son pòrti come persone, egli è mestieri che lo Stato dia loro artificialmente la necessaria personalità per mezzo di una giuridica finzione. Di quì l'espressione moderna di *persona giuridica*. Impertanto, poichè tutta la idea del dritto porta con sè che

solo agli uomini si può attribuire capacità di dritto e personalità, cotesta giuridica persona si appresenta sempre di necessità come *pluralità di uomini*, che congiunta ad unità con un vincolo giuridico, sia stata rivestita dallo Stato col carattere della capacità giuridica e della personalità. L' idea di tale persona giuridica giace in fondo e molto vicinamente al generale concetto dello Stato. Poichè questo, come ragunanza di tutti i cittadini, ha per sè stesso necessariamente una giuridica esistenza e personalità da far valere sia rimpetto agli altri Stati, sia rimpetto a' singoli cittadini che lo compongono. Questa giuridica persona esiste già da sè nello Stato e non ha bisogno di esso perchè sia artificialmente creata e riconosciuta. Ma, senza dubbio, questo Stato per virtù di sua mediazione, mercè una vera finzione di dritto può estendere l' idea della persona giuridica eziandio a certe pluralità di uomini sottoposte a lui stesso. Quel che vi è di comune in tutte queste giuridiche persone sta in ciò; 1.° che molti uomini, i quali esistono gli uni cogli altri nel medesimo tempo, o gli uni dopo gli altri in tempi diversi, vengono considerati siccome unità e persona; 2.° che il fondamento di questo concetto è uno scopo giuridico, pubblico, religioso, o privato; 3.° che lo Stato, grande unità e comunanza, come egli è, vuole che le università subordinate sieno riconosciute col carattere della personalità. Non pochi esempi ce ne porgono le molte politiche, religiose e private corporazioni e comunità, *universitates, corpora*. In generale coteste persone giuridiche hanno importanti funzioni anche nel dritto pubblico, giacchè in parte tutta la costituzione dello Stato n'è strettamente congiunta. Ma per il dritto privato, che è la sola cosa che quì c'interessi più dappresso, le persone giuridiche intanto sono importanti, in quanto che esse sono capaci di rapporti che risguardano i beni. Inoltre c'interessano eziandio per questo, che elleno, avvegnachè sien prive della capacità di agire, pure mercè di un rappresentante, indicato dal loro statuto, possono intraprendere atti giuridici.

Per un semplice modo di dire, facile ad intendersi, incontra talvolta che nelle fonti giuridiche sien nominate come persone aventi dritto, certe cose, singole parti di un patrimonio, od anche tutto un patrimonio; per esempio, il patrimonio dello Stato sotto il nome di *aerarium populi* o *fiscus*, o la eredità, tutti i beni di un defunto. Or queste cose o patrimonî intanto sono indicate come persone, in quanto che esse devono rappresentare una persona già esternamente esistente, fisica o giuridica che sia, vuoi lo Stato stesso, vuoi un'altra corporazione od un defunto.

CAPITOLO SECONDO.

DELLO STATUS LIBERTATIS IN PARTICOLARE.

§. 71.

Idea della schiavitù.

Gai. Comm. lib. 1, § 52 — 54, — Ins. lib. 1 de jure personarum. tit. 8, de his, qui sui, vel alieni iuris sunt.

L'idea di uno *status libertatis* non si determina bene che col suo contrapposto, la schiavitù. Questo istituto della *servitus*, che i Romani trovarono già esistente in altri Stati a'tempi loro, e perciò dovettero dirla *iuris gentium*, non ha per noi che una storica importanza; eppure sotto questo rapporto non è a dir poco l' interesse che ci offre. Poichè essa penetrò profondamente in tutta la vita pubblica e privata de' romani; tutti gli altri rapporti giuridici, specialmente quelli del dritto privato, si sono formati senza mai perderla di vista: e ciò diè loro un carattere in parte così speciale, che quasi è impossibile di bene abbracciare tutti questi altri rapporti senza una compiuta intelligenza della dottrina della schiavitù.

Pertanto uopo è vedere nella schiavitù due aspetti diversi, pei quali la si manifesta giuridicamente importante.

Quanto a ciò che ci tiene ora occupati, val dire la capacità giuridica dell'individuo, la *servitus* è uno stato di privazione assoluta di dritto. Di quì l'essersi messo il *servus* dal dritto civile a una medesima stregua delle semplici *cose*, con una conseguenza che non ha esempi e che spesso ci raccapriccia, in opposizione alle *persone*, e specialmente l'agguagliar ch'ei fece lo schiavo con i bruti.

Quanto al rapporto dello schiavo verso il suo padrone, la schiavitù si presenta come lo stato di una totale ed assoluta dipendenza del *servus* dalla privata volontà del padrone. Quindi l' applicazione della idea della proprietà su gli schiavi ; e però lo schiavo può nel tempo stesso appartenere *pro rata* a più condomini. La circostanza che il *servus* è un uomo ed un essere ragionevole, che i romani in verun modo sconoscono, gli dava solo indirettamente una preferenza in rapporto a' bruti, in questo senso, che a lui era possibile di uscire quando che fosse di schiavitù, e divenire persona mercè lo acquisto dello *status libertatis*. La quale circostanza modificava benanco in modo particolare l' utilità che il proprietario ritraeva dallo schiavo ; perchè il *servus* non solo potea, come un animale, col suo corpo, co' suoi servigi fisici, ma pur con gl' intellettuali accrescere il patrimonio del suo padrone e nella sua qualità d' uomo prender parte mediata nella personalità di lui, in quanto che era capace di rappresentarlo nelle faccende giuridiche che lo interessavano.

Il carattere essenziale della schiavitù, già toccato di sopra, esistette non solo nell'antico dritto romano, ma benanche rimase generalmente invariato sino al tempo di Giustiniano, non ostante la propagazione del Cristianesimo. Quel che il servo acquista, divien subito, come prodotto del suo lavoro, acquisto del suo padrone, ancor quando non glielo avesse espressamente ordinato. Essendovi più padroni, egli acquista *pro rata* per ciascuno. Lo stesso era quando espressamente acquistasse solo per uno di essi. Per contrario resta il padrone obbligato per gli atti giuridici del suo schiavo sol quando gli abbia ordinato d'imprenderli. Ciò si manifesta come un mezzo molto importante per il commercio appo i romani. Di quì venia che si attribuiva al padrone, come proprietario dello schiavo, anche una *potestas* su di lui, un dominio, in somma, simile a quello che potevasi avere su i liberi uomini, cioè sulle persone (1). Lo Stato non si brigava più che niente de' rapporti del padrone col suo schiavo, poichè reputavali obbietto di dritto privato. Anche le speciali ordinanze di Augusto, di Claudio, di Adriano, di Antonino Pio e d'altri emanate in beneficio degli schiavi affin di premunirli da ogni arbitraria uccisione, come pure da ben altri inumani trattamenti de'loro padroni, non cangiarono per nulla l'essenza della cosa. Perocchè esse non diedero allo schiavo veruna capacità giuridica, nemmeno limitata, ma solo ebbero evidentemente la natura di leggi, che restringano l'uso della proprietà per ragione di polizia, come sono quelle che possono emettersi per le cose, specialmente anche per gli animali, a fin di regolare il modo di trattarli o di usarne.

Dal fin quì detto segue, che per diversa che esser potesse, nel *fatto*, la condizione degli schiavi, secondo la individualità de'loro padroni, pure nel *dritto* non vi era una reale differenza, una gradazione tra essi. Anche il coloniato, che fu introdotto in un tempo che il dritto romano avea di molto progredito e sovratutto dopo Costantino, vuolsi considerare da un'altra veduta. Poichè esso ci si offre più come un elemento diverso dalla schiavitù romana, tramutato dalla vita giuridica germanica nella romana, ed affine con la servitù della gleba riguardata nel modo onde si andò svolgendo più tardi negli Stati germanici. I *coloni* erano inseparabili da un fondo, e destinati alla sua coltivazione. Dicevansi *coloni* per ragione della rustica opra cui erano deputati; *adscripticii* per la loro inseparabilità da quel fondo; infine *censiti*, *tributarii*, stantechè il loro padrone pagar doveva allo Stato certi tributi, ed alla sua volta riscuoteva questi censi o tributi che dir si vogliano, da costoro. Essi erano in generale capaci di dritto e persone; se non che in certo modo venivano considerati come schiavi del fondo, servi della gleba, *servi terrae*.

Summa divisio in jure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi. pr. Inst. 1, 3, *de iure pers.*

In servorum conditione nulla est differentia. In liberis autem multae differentiae sunt. § 4, Inst. eod.

(1) V. sopra § 69.

In potestate igitur sunt servi dominorum, quae quidem potestas iuris gentium est. Nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem esse, et quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur. Gai. I, § 52.

Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio romano sunt, licet supra modum et sine causa legibus cognita, in servos suos saevire. Nam ex constitutione Divi Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri iubetur, quam qui alienum servum occiderit. Sed et maior asperitas dominorum eiusdem principis constitutione coercetur. Gai. in fr. 1, § 2, D. I, 6, *de his, qui sui.*

Post legem Petroniam et senatusconsulta ad eam pertinentia dominis potestas ablata est, ad bestias depugnandas suo arbitrio servos tradere. Oblato tamen judici servo, si iusta domini sit querela, sic poenae tradetur. Modestinus, in fr. 11, § 2, XLVIII, 8, *ad leg. Corn. de sicariis.*

Coloni, licet conditione videantur ingenui, servi tamen terrae ipsius, cui nati sunt, existimantur. Theodos. et Valentinianus, in c. un. C. IX, 51, *de colon. thrac.*

§. 72.

Origine e fine della schiavitù.

Inst. lib. 1, tit. 3 de jure person. tit. 5, de libertinis. tit. 6, quibus ex causis manumittere non licet. tit. 7 de Lege Furia Caninia tollenda.
Dig. lib. XL. tit. 8, qui sine manumissione ad libertatem perveniunt.
Dig lib. XL. tit. 2, de manumissis vindicta. tit. 5, de fideicommissariis libertatibus
Cod. lib. VII. tit. 1, de vindicta et apud consilium manumissione. tit. 2, de testamentaria manumissione. tit. 4, de fideicommissariis libertatibus.

Molti uomini nascono schiavi ; perchè tutti i figliuoli di un' *ancilla*, senza considerare la personale condizione del padre, cadono sempre sotto il dominio del padrone della madre in virtù dei principî che regolano la proprietà degli animali — *partus sequitur ventrem*. Ma pur degli uomini già liberi potevano, per varî casi, perdere il loro *status libertatis* e divenire schiavi ; soffrivano allora una *capitis deminutio*, e veramente la più grave, la *maxima capitis deminutio*. Non poteva, gli è vero, un uomo libero vendersi egli stesso per ischiavo mercè convenzione, giacchè la libertà era inestimabile ; ma bensì, almeno secondo l' antico dritto romano, divenir *servus* per la sua insolvibilità, e in ogni tempo quando era fatto prigione dal nemico, o per pena dovuta per certi delitti.

La schiavitù finisce, ed è questa la regola generale, tosto che il *servus* si muore. Tuttavia può, pria della sua morte, seguire un avvenimento che 'l renda libero. Tale è il ritorno dalla prigionia di guerra, perocchè chi fu prigione e ritorna, vien *iure postliminii* reintegrato in tutt' i suoi primieri rapporti di dritto ; tali son pure alcuni pochi casi ne' quali lo schiavo, in ricompensa di qualche sua buona azione, o per castigo del suo padrone, vien fatto libero. Finalmente è da notare la *manumissio* dello schiavo per parte del padrone.

Questa facoltà di manomettere risiedeva nel dritto di proprietà

del padrone, e però spettava a lui solo. Pertanto fu per eccezione conceduto allo Stato, prima al Senato, poscia all' Imperatore il poter dare la libertà all' altrui schiavo a cagion di speciali servigi resi alla patria, per indennizzarlo de' danni fattigli dal suo padrone. Questo suo dritto di manumissione era dapprima affatto illimitato. Più in là, per impedire i moltiplici abusi che commettevansi, fu per più modi ristretto per mezzo delle *leges Ælia Sentia* e *Furia Caninia ;* e indirettamente ancora per la *lex Junia* (*Norbana*). Ma sotto Giustiniano esso si francò da tutte queste restrizioni. Soltanto la manumissione fu sempre eseguita con l' adoperamento di certe forme esterne perchè avesse piena efficacia. Tali furono anticamente la *manumissio vindicta — censu — testamento.* Più tardi, sotto Costantino, e in parte anche sotto Ginstiniano, si aggiunsero, come *manumissiones minus solemnes*, la *manumissio in ecclesiis — inter amicos — per epistolam — per convivium*, dapprima, per verità, con effetti meno compiuti, ma di poi le si equipararono in tutto alle solenni. Se una delle debite forme si fosse omessa, ma, d' altra parte, il padrone avesse fermamente voluto accordare la libertà al suo schiavo, non poteva dirsi lui essere divenuto *liber homo*, ma trovarsi soltanto *in libertate*, il che non era senza giuridiche conseguenze. Quanto allo schiavo non formalmente manomesso, se gli fu accordata la libertà dal suo padrone nel testamento, ovvero sotto una condizione, o dopo il lasso di un certo tempo, in questo intervallo egli era *servus.* Soltanto lo si diceva *statu liber*, come un libero già designato, ed al venir della condizione o del termine divenia libero senza più, ancor quando in quel frattempo fosse venuto sotto il dominio di altro padrone. Per contrario, la manomessione già formalmente seguita poteva rivocarsi dal manomittente per cagione di provata e non lieve ingratitudine del manomesso.

Servi aut *nascuntur*, aut *fiunt*. Nascuntur *ex* ancillis nostris ; fiunt aut iure gentium, id est ex captivitate, aut iure civili, quum homo maior viginti annis ad pretium participandum sese venumdari passus est — § 3, Inst. I. 3, *de iur. pers.*

Manumissio autem est datio libertatis. Nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati *suppositus* est, et manumissus liberatur potestate. Quae res a iure gentium originem sumpsit...

Multis autem modis manumissio procedit, aut enim ex sacris constitutionibus in Sacrosanctis ecclesiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per epistolam, aut per testamentum, aut aliam quamlibet ultimam voluntatem. Sed et aliis multis modis libertas servo competere potest, qui tam ex veteribus, quam nostris constitutionibus introducti sunt, § 2, Inst. I, 5, *de libertin.*

Vindicta manumittuntur apud magistratum, velut praetorem, consulem, proconsulem. *Censu* manumittebantur olim, qui lustrali censu Romae iussu dominorum inter cives romanos censum profitebantur. *Ut testamento manumissi ipso iure liberi sint*, lex duodecim tabularum facit, quae confirmat. . . . Ulpian. fr. I, § 7 — 9.

Qui sub conditione testamento liber esse iussus est, statu liber appellatur. Statu liber, quamdiu pendet conditio, servus heredis est. Statu liber, sive alienetur ab herede, sive usucapiatur ab aliquo, libertatis conditionem secum trahit. Ulpian. fr. II, § 1 — 3.

§. 73.

Ingenui e Libertini.

Gai, *Comm. lib.* 1, § 10 — 18. *Inst. lib.* 1, *tit.* 4, *de ingenuis, tit.* 5, *de libertinis.*

Con le condizioni su mentovate lo schiavo manomesso diveniva sempre un *liber homo*. Ma se egli fosse anche *civis romanus*, o soltanto *latinus Junianus*, ovvero unicamente *dediticiorum numero*, ciò dipendeva anticamente in parte dal vedere se il manomittente avesse avuto lo schiavo in proprietà quiritaria o semplicemente bonitaria, parte dal modo e dalla forma della manomissione, come anche da più altre circostanze. Secondo il dritto romano nuovissimo egli è sempre *civis*.

In ogni caso, mediante la manomissione non cessavano relativamente al manomesso tutte le conseguenze della precedente schiavitù, tutte le memorie di essa. Queste conseguenze si manifestavano sotto duplice rapporto, l'uno politico, l'altro privato.

Sotto il primo rapporto il manomesso differenziava dal nato libero, *ingenuus*, in questo, che egli era stato un *servus* prima di esser manomesso, e per effetto della sua nascita. Sotto il quale rapporto e quanto al suo stato, alla sua *conditio*, ei dicevasi *libertinus*, ed era, in conseguenza, posto in una posizione civile inferiore rispetto a molte parti del dritto pubblico e del dritto privato, ancor quando avesse ottenuto la cittadinanza. Nel nuovissimo dritto romano ciò andò pressochè al tutto in desuetudine, ed ancor prima l'ingenuità poteva accordarsi ad un *libertinus* in singoli casi per virtù di apposita e graziosa costituzione imperiale. *Restitutio natalium*. La semplice concessione imperiale del *ius aureorum annulorum* produceva sì la ingenuità, ma non la cessazione de' rapporti di patronato. Il che non discordava da ciò, che se qualcuno già nato libero per molte cagioni diveniva schiavo e poi tornava ad esser libero, egli non perdeva l'*ingenuitas* che gli era originaria.

Non meno importante, sebbene pel solo dritto privato, era la relazione che simile ad un vincolo di famiglia nasceva per la manomissione tra il manomesso, come *libertus*, e 'l suo manomittente, *patronus*. In effetti, per opra della manomissione, lo stretto legame che avea preesistito tra il padrone e lo schiavo non cessava interamente, ma perdurava nell'interesse di entrambi, solo per verità in una forma più mite, la quale potea sussistere con la libertà senza distruggerla. Il complesso di que' dritti, che il padrone acquistava per tal modo rispetto al suo *libertus*, chiamavasi *ius patronatus*. Esso fondavasi, quanto al suo contenuto ed alla sua estensione, su di una generale disposizione di legge, che come regola si osservava. Laonde il manomesso dovea sempre al suo patrono un *obsequium*, cioè una certa riverenza,

per cui non poteva instituire contra di lui veruna azione infamante o come che fosse pregiudizievole. Il patrono potea pretendere eziandio certi servigi officiosi, *operae officiales;* divenuto misero, il manomesso gli dovea gli alimenti, e, lui morto, spettavano al patrono certi dritti sulla sua eredità. Però non di rado questi doveri ordinari del manomesso si allargavano mercè speciali e individuali pattuizioni, *iurata promissio* (1). Senonchè, rispetto al *patronus*, erano congiunti al padronato non solo de' dritti, ma pur de' doveri, fra i quali è a notar quello di proteggere il *libertus*. A' successori od eredi del *libertus* non si estendeva il dritto di patronato, molto meno agli eredi del manomittente, in questa qualità, ma bene a' suoi figliuoli, figli e figlie, come tali. Nel nuovissimo dritto romano, ancor dopo che il *libertinus*, quanto alla sua *conditio*, fu equiparato all' *ingenuus*, è rimasto il *ius patronatus*. Del resto, ognuno potè in ogni tempo divenir *libertinus* senza avere un *patronus*, il che era quando ei venne dichiarato dal suo padrone immediatamente libero nel testamento sotto la forma di un legato. *Libertus orcinus*. (2).

Col dritto di patronato propriamente detto, di cui si è discorso più sopra, non si vuol confondere quel reciproco rapporto di difesa e di protezione che vi era tra il *patronus* ed i suoi clienti, già così importante nell' antico dritto romano, e che si originava non per mezzo di manomissione, ma per libera scelta. Nel nuovo dritto romano non se ne fa più menzione.

In liberis multae differentiae sunt; aut enim ingenui sunt, aut libertini. § 5, Inst. 1, 3, *de iure pers.*

Ingenuus est, qui statim, ut natus est, liber est. Cum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit illi in servitute fuisse. Saepissime enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem, pr. et § 1, Inst. I, 4, *de ingen.*

Libertini sunt, qui ex iusta servitute manumissi sunt. pr. Inst. I, 5, *de libertin.*

CAPITOLO TERZO.

DELLO STATUS CIVITATIS IN PARTICOLARE.

§. 74.

Idea, acquisto e perdita della cittadinanza.

Egli è proprio della natura delle cose che quanto più uno Stato è potente e geloso di sè, tanto più la particolare costituzione politica accorda al singolo cittadino una parte immediata nel governo, e si eleva ancora di più il valore e la estimazione del dritto di cittadinanza. Quindi ab antico l'importanza del secondo *status*, dello *status civitatis*,

(1) V. più sotto il § 151.
(2) V. più sotto il § 225.

la cui perdita, *salva libertate*, produceva la *media capitis deminutio*. Chi n'era privo, dicevasi *peregrinus*,ed anche in età più remote, *hostis*, ed effettualmente venia riguardato come un nemico, cioè carente di ogni dritto. Più in là gli fu peraltro concesso l' uso del *ius gentium*, così come quello del suo proprio dritto patrio per quanto era riconosciuto da' romani. Soltanto gli si negava la partecipazione nel *ius civile* propriamente detto, cioè del *proprium ius civium romanorum*.

Quanto a'dritti compresi nella *civitas romana*, alcuni erano di una natura politica, poichè la partecipazione al governo dipendeva da essi, specialmente il *ius suffragii* ed il *ius honorum ;* altri eran più tosto di un' indole privata, segnatamente il *ius commercii* ed il *ius connubii*. Pertanto ancor questi ultimi aveano, massime ne' primi tempi dello Stato, una importante parte politica.

Il dritto di cittadinanza si acquistava prima di tutto per mezzo della nascita quando i genitori, od almeno quel *parens*, la cui condizione si trasmette nel figlio, era cittadino romano; mercè la manomissione sotto certe condizioni; finalmente per mezzo di una speciale concessione di essa cittadinanza, il che prima si diede dal popolo e dal senato, più tardi dall' imperatore, talvolta in favore di tutta una popolazione o di una città, tal altra in pro di un individuo. La cittadinanza si perdeva da un'intera popolazione per la rivoca che se ne facesse a titolo di pena; gl' individui poi la perdevano ora per la perdita della libertà, come quella che era il fondamento della cittadinanza, ora, senza la *maxima capitis deminutio*, per mezzo di volontaria rinuncia, la quale si ravvisava ancora nell' accettazione di un dritto di cittadinanza straniera, incompatibile colla romana. Finalmente si potea, come cittadino, perdere lo *status civitatis* per effetto di certe pene, nell' antico dritto dell' *aquae et ignis interdictio*, e, sotto gl' imperatori, della *deportatio*.

Hostis apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus. Indicant XII tabulae, ut : *status dies cum hoste;* itemque : *adversus hostem aeterna auctoritas*. Cic. *De offic.*, I, cap. 12.

Commercium est emendi vendendique invicem ius. Ulp. fr. XIX, § 5.

Connubium est uxoris iure ducendae facultas. Ulp. *ibid.* V, § 3.

§. 75.

Gradi intermedii tra i cives e i peregrini.

In origine non vi era un grado veramente intermedio tra i *cives romani* e quelli che non aveano la cittadinanza, i peregrini. E neppure si potè vederlo nella profonda differenza di caste tra i patrizi e i plebei per tutto il tempo che sussistette; chè ancor essi i plebei, avvegnachè in più modi politicamente subordinati a'patrizi, ebbero come aggregati al *populus* propriamente detto, un vero dritto di cittadinanza, almeno dopo che Servio Tullio recò un cangiamento fondamentale nella costituzione dello Stato.

Ma la cosa non andò di cotesta guisa dacchè successivamente lo Stato romano così per mezzo di conquisti, di trattati e di manomissioni, come pel commercio più esteso, ebbe conseguito numero più grande di nuovi soggetti ed alleati, i quali tutt'insieme agognavano di partecipare la cittadinanza romana. Allora non altro restava a fare che delle due l'una, o di accordare la piena cittadinanza a tutte queste persone, o di scompartirla in gradi e dar luogo a' diversi trapassamenti. Ma, opponendosi la politica e l' orgoglio romano al primo partito, fu scelto il secondo. Così formaronsi certi gradi intermedi tra i veri cittadini romani ed i semplici peregrini mentre a certe persone si assegnò una parte limitata, più o men grande, nel *ius civile*, specialmente ne'benefici privati che esso conferiva. Tali furono dapprima i *Latini*; cioè quegli affrancati, cui, per mancanza di rigorosa e civile manomissione, non il pieno dritto di cittadinanza, ma secondo il contenuto della *lex Junia Norbana*, fu dato il dritto de' *latini coloniarii*, cioè il *commercium*, non il *connubium:* quindi furono nominati *latini Juniani*.Tali di poi furono *i socii*, i quali per concluse alleanze con lo Stato romano aveano acquistati speciali privilegi, e però erano venuti con esso in amiche relazioni meglio che i *dediticii*, cioè quo' popoli, che a forza d' armi erano stati sottoposti all' imperio di Roma.

Del resto, nello storico e naturale cammino che più in là tenne lo Stato romano è da riporre la causa, per cui quel pregio sì grande, in che erasi mantenuta la cittadinanza di Roma, sempre più andò di mano in mano scemando. Quanto più l' impero si estendeva, quanto più per mezzo del trapasso che faceva la *libera respublica* in una rigorosa monarchia, la cittadinanza perdeva la primitiva importanza politica ; quanto più, in fine, il *ius civile* ed il *ius gentium* si compenetravano e quasi fondevansi tra loro, tanto più facilmente la cittadinanza si accordava, sino a che sotto Caracalla, e più generalmente sotto Giustiniano, tutti i liberi soggetti dell' impero romano conseguirono questo dritto in tutta la sua plenitudine.

§ 76.

La existimatio, la sua consumptio e la sua minutio.

Dig. lib. III, tit. 2. de his, qui notantur infamia — Cod. lib. II, tit. 12, ex quibus causis infamia irrogatur.

Chi partecipava della cittadinanza romana godeva di una certa esterna dignità, *dignitas*, la quale trovava la sua origine e il suo sostegno nella ben fondata e piena facoltà di godere gli utili privati e politici legalmente annessi a questo dritto di cittadinanza. Siffatta condizione personale, cotal facoltà che ne provvenia, dicevasi *existimatio*, *fama*, onore civile, ed era compinta, *illesa existimatio s. fama*, per tutto il tempo che il cittadino, sotto qualsivoglia rapporto, rima-

neva civilmente inreprensibile. Però potevasi soggiacere così ad una perdita compiuta, come ad una parziale diminuzione di tal fama.

Una totale perdita di essa era possibile sol quando si perdeva il suo fondamento politico, la cittadinauza. E questo era il caso della *consumptio existimationis*. Per contrario, un cittadino romano poteva in più casi, senza perdere totalmente la cittadinanza e l'*existimatio* che vi si annetteva, esser dichiarato indegno di una parte de'dritti e de'privilegi compresi nella cittadinanza in virtù di un principio giuridico, e ciò per cagione di una condotta riprendevole sotto qualche rapporto. Simili *minutiones existimationis* aveano gradi ed effetti diversi. La più antica si fonda in una disposizione di legge che già rimonta sino alle XII tavole, per la quale alcune persone, a cagion di certi misfatti, doveano venir reputate *improbi et intestabiles*. Vi si riferiscono le accuse censorie, *notae censoriae*, con le diverse loro gradazioni, le quali non riposavano su legali e stabili determinazioni, ma piuttosto sull' individuale *arbitrium* del censore, e perciò erano transitorie ne' loro effetti. Ma più che ogni altra *minutio famae*, notevole e frequente era l' *infamia* che traeva origine, com' è verosimile, dall' editto de' pretori, o n'ebbe, almeno, l'ulteriore sviluppo. Imperocchè i pretori a certe persone, che per fama contaminata indicavano come *infames* ne' loro editti, non permettevano di comparire in giudizio, di postulare per sè stesse o per altri quanto e come potea farlo chi era d'inreprensibili costumi. Cotesta *infamia* toglieva in ogni caso e sempre una serie legalmente determinata di civili prerogative, ora politiche, ora di dritto privato, ma pur aveva i suoi gradi, chè non tutti gl'infami erano trattati con uno stesso rigore. Incorrevasi in essa, giusta le parole dell'editto, ora immediatamente, cioè sol che il cittadino romano commettesse certi atti indecorosi (*si quis fecerit, infamis esto*), ora, per contrario, era una conseguenza di una formale condanna del cittadino colpevole di atti già dalle leggi previsti (*si quis condemnatus fuerit, infamis esto*). E tanto più gravi n'erano gli effetti, inquantochè, di regola, essi duravano per tutta la vita dell'infame. Però la si poteva togliere per via di eccezione; ora per grazia, *restitutio famae*, per opra del capo dello Stato, ora mediante una *restitutio in integrum* data dal giudice contro la sentenza di condanna. Non vuolsi, del resto, con questa infamia scambiare la regola già legalmente riconosciuta, secondo la quale colui, che per la sua condotta provatamente indegna avesse perduta la giusta estimazione de' suoi probi concittadini, ancorchè non divenisse propriamente *infamis*, era tenuto per *turpis persona, cuius opinio apud bonos et aequos gravata est*. Da ciò seguiva un certo scapito civile, le cui giuridiche conseguenze, se non coincidevano interamente con quelle della *infamia*, avean con esse alcuna simiglianza. Finalmente, e di ciò rinvengonsi, massime nel nuovo dritto romano, non lievi vestigi, da certe sconvenevoli occupazioni e negozî veniva un pregiudizio alla *existimatio* di coloro che vi si deputavano, e, sotto questo rapporto, erano indicati come *viles* e *humiles personae*.

Existimatio est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto auctoritate legum aut minuitur, aut consumitur.

Minuitur existimatio, quotiens, manente libertate, circa statum dignitatis poena plectimur, sicuti cum relegatur quis, vel cum ordine movetur, vel cum prohibetur honoribus publicis fungi, vel cum plebeius fustibus caeditur, vel in opus publicum datur, vel quum in eam causam quis incidit, quae edicto perpetuo, infamiae causa, enumeratur.

Consumitur vero, quotiens magna capitis deminutio intervenit, id est, quum libertas adimitur. CALLISTRATUS, fr. 5, § 1-3, D., I, 13, *De extraord. cogn.*

Cum lege quis intestabilis jubetur esse, eo pertinet, ne eius testimonium recipiatur, et eo amplius, ut quidam putant, neve ipsi dicatur testimonium. GAIUS, fr. 26, D. XXVIII, 1, *Qui testamenta facere possunt.*

§. 77.

Potere della religione sulla capacità giuridica.

Dacchè la religione cristiana divenne sotto Costantino la religione dello Stato, il pieno godimento de' dritti civili presuppose non solo che si fosse cristiano, non idolatra od ebreo, ma anche appartenente alla chiesa cristiana ortodossa, cioè approvata dall'imperatore e dal suo clero. Per la capacità giuridica di un cristiano, secondo il dritto giustinianeo, era bisogno ch'ei riconoscesse segnatamente le decisioni dei quattro sinodi ecumenici di Nicea, di Costantinopoli, di Efeso e di Calcedonia. Chi era cristiano, ma non riconosceva quegli articoli di fede, dicevasi eretico, *haereticus*, e, almeno alcune specie di essi, per esempio i Manichei, veniano risguardati pressocchè in tutto come privi di ogni dritto. Il medesimo si osservava per chi avesse abiurata la fede cristiana, per l' *apostata*. Gli ebrei ed i gentili erano trattati con severità di gran lunga minore.

CAPITOLO QUARTO.

DELLO STATUS FAMILIAE IN PARTICOLARE.

§. 78.

Idea della famiglia.

I diversi significati giuridici della voce *familia* possono tutti ridursi comodamente a questo, che essi dinotano lo insieme di tutto ciò che, considerato come un sol tutto, si trova sottoposto alla potestà privata ed al dominio di una sola e determinata persona. Talvolta con la voce *familia* si esprime l'intero patrimonio, segnatamente allorchè si considera come morto chi ne fu proprietario, e spesso con l' aggiunta *familia pecuniaque;* tal altra, vengono dinotati tutt'insieme quegli uomini, che sono sottoposti alla potestà di famiglia, *potestas*, *manus*, *mancipium*, appartenente allo stesso capo di essa. Nel qual ultimo caso la voce *familia* ora vien presa in un senso più largo, per cui anche l' unione di tutti gli schiavi dello stesso padrone dicesi la *familia* di lui, ed allora forma una parte ben importante del patrimonio propriamen-

te detto: ora in un senso non lato, che ci riguarda più da vicino, la tecnica voce non comprende che le persone libere, le quali si trovano sotto la potestà del medesimo capo di famiglia. In quest' ultimo significato la *familia* indica l' insieme degli *agnati*, cioè di quelle persone, che per mezzo di un medesimo e comune vincolo della *patria potestas* o *manus* sono unite tra loro, compresovi lo stesso comune padrone.

In effetti, secondo il concetto del dritto civile romano, non era propriamente il *naturale e consanguineo rapporto della cognazione* quel che formava il cerchio così chiuso della famiglia propriamente detta con tutt'i suoi giuridici effetti, ma, sotto il nome dell'*agnatio*, un altro rapporto puramente *giuridico*. Questo per lo più coincideva, gli è vero, con quello naturale della cognazione, ma non si fondava necessariamente su questa, al modo stesso che la *cognatio* spesso sussistea senza che vi fosse congiunta l' *agnatio*. Questo rapporto di agnati (e ne chiariremo il modo più innanzi) si collegava piuttosto con la rigorosa potestà familiare, cioè con la qualità propria della paterna *potestas*. La quale competeva, come verrà più largamente detto là dove discorreremo i dritti di famiglia, al cittadino romano indipendente, non solo sovra i suoi figli e figlie nate del matrimonio, ma benanche, quando niun ostacolo vi si frapponesse, su i nipoti maschi o femmine, nati da que' figli, e così via via su quelli che fossero venuti da questi e che erano tutt' insieme suoi *filiifamilias*. Inoltre, un cittadino romano poteva acquistare con l' adozione la potestà paterna su di altre persone che non fossero suoi naturali discendenti. Per tal guisa ben si poteva formare un cerchio di famiglia molto più largo, composto di persone tra sè congiunte per un medesimo vincolo di potestà patria, sia come aventi tale *potestas*, sia come ad essa sottoposte. Tutte queste persone, le une per rispetto alle altre, dicevansi *agnati*, e il loro cerchio rigorosamente confinato formava la *familia*. Questo rapporto di agnazione, costituito che s' era, durava senza interruzione, sebbene quel vincolo comune della potestà patria venisse poscia a rompersi in modo naturale, per es. con la morte del comune padre di famiglia, e che per questo alcuni de'sino allora soggetti alla potestà familiare divenissero essi medesimi capi indipendenti delle loro proprie famiglie. In tal caso la grande e primitiva famiglia si divideva in molte e piccole famiglie, le quali erano, gli è vero, sotto un certo rapporto, indipendenti tra loro, ma, tuttavia, rispetto al primitivo comun capo di famiglia, formavano sempre una parte integrante di uno stesso comune legame di agnazione e di famiglia. Sol quando un membro della famiglia avesse perduto la libertà o la cittadinanza, e così il necessario fondamento dell' agnazione, o mediante la emancipazione fosse uscito dalla patria potestà per modo forzato od almeno artificiale, allora sciogliev asi, ma per lui solo, il rapporto di agnazione che lo vincolava agli altri membri continuatori della famiglia. Chi non era sotto la patria *potestas*, ma, come moglie, sotto la *manus* del suo marito, apparteneva (giacchè ella era *filiaefamilias loco*), però sol quanto alla sua persona, alla famiglia di cotesto suo marito..

Da ciò conseguita che le femmine potevano benissimo nella loro qualità di *filiaefamiliarum* essere ancora elleno *agnate*, membri di una riunione di famiglia. Perocchè solo la parentela (matrimoniale) per mezzo di maschi forma l' agnazione. Di qui pur segue che si può ben essere cognato di una persona senza esserle agnato. Per contrario, si può per effetto di un'adozione essere agnato di una persona senza che siasi suo effettivo cognato. Tuttavia, finchè alcuno rimane agnato, vien anche giuridicamente tenuto come cognato.

Sul generale concetto di questa agnazione non influisce per nulla l' essere i membri di famiglia, secondo il grado di parentela, più vicini o più lontani tra loro. Gli è pure indifferente se debba l' agnazione nel modo suddetto formarsi mediante un solo rapporto di potestà, o mercè una intera catena di potestà successive ovvero coesistenti. Imperocchè soltanto la *patria potestas* del primitivo comun capo di famiglia, del *princeps familiae*, fonda l' agnazione, e sovra di essa la si vuole stabilire. Con la qual cosa non istà in opposizione la circostanza che nella stessa famiglia nell'esercizio de'dritti di agnazione godasi una preferenza da coloro la cui agnazione, secondo il grado di parentela, sia la più vicina. Qui merita specialmente di essere rilevata l' idea de' *sui*. Così diconsi quegli agnati, che stanno in un immediato rapporto di potestà con un altro agnato mascolino, di cui discorrasi. Come tal preferenza della *suità* si manifesti peculiarmente nel dritto successorio, sarà mostrato più innanzi.

Non la cognazione, nè l' agnazione, ma solo un rapporto simile lontanamente alla parentela ed avente molte pratiche conseguenze, venia formato dalla semplice *affinità*. Così vien detto il rapporto di un coniuge co' cognati dell' altro coniuge, senza che i cognati dell' uno e dell' altro de' coniugi siano stretti fra loro. I semplici agnati dell' un coniuge, che non sono effettivamente veri naturali cognati di esso, non valgono per *affines* dell' altro coniuge. Anche i due coniugi stessi non sono *affines* infra di loro.

Familiae appellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem varie accepta est. Nam et in res et in personas deducitur. In res, ut puta in lege XII tabularum his verbis : *agnatus proximus familiam habeto*.

Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum, aut communi universae cognationis continetur. *Iure proprio familiam* dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate, aut natura, aut iure subjectae ; ut puta patremfamilias, matremfamilias, filiumfamilias, filiamfamilias, quique deinceps vicem eorum sequuntur, utpote nepotes et neptes et deinceps. — *Communi iure* familiam dicimus omnium agnatorum: nam etsi, patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabantur, quia ex eadem domo et gente proditi sunt. Ulpianus, fr. 195, §. 1, 2, D. L. 16, *De verb. signif.*

Familiae appellatione et ipse princeps familiae continetur. Gaius, in fr. 196, D. eod.

Sunt autem *agnati* per virilis sexus personas cognatione coniuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius nepos ve ex eo, item patruus et patrui filius, *nepos ve* ex eo. At, qui per feminini sexus personas co-

gnatione iunguntur, non sunt agnati, sed alias naturali iure cognati. § 1, Inst. 1, 15, *De legitima agnatorum tutela.*

Inter agnatos igitur et cognatos hoc interest quod inter genus et speciem. Nam qui est agnatus et cognatus est, non utique autem qui cognatus est et agnatus est. Alterum enim civile, alterum naturale nomen est. Paulus, in fr. 10, §. 4, D. XXXVIII, 10, *De gradibus.*

Affines sunt viri et uxores cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit; namque coniungendae affinitatis causa fit ex nuptiis. Modestinus, in fr. 4, §. 3, D. eod.

§. 79.

Idea dello status familiae.

Nel modo stesso che lo *status civitatis* riposa sulla condizione in che si trova un uomo libero nello Stato romano, così lo *status familiae* si fonda su la condizione del cittadino romano in una determinata riunione di agnati e per rapporto ad essa.

Pertanto ogni cittadino romano ha, sotto un certo rapporto, questo *status familiae*, nel senso cioè ch'egli è capace, in vigor della piena cittadinanza, di far parte di una unione di agnati romani. Ma pel modo onde si esprimono le fonti, l' idea dello *status familiae* si rapporta ad una determinata famiglia romana; nel qual caso lo *status familiae* vien posseduto da chi è membro di quella famiglia. Chi, dunque, *salva libertate et civitate*, perde questo *status familiae*, esce dal suo precedente legame di agnazione, soffre una *capitis deminutio* ch' è la *minima*, in quanto che cessa di appartenere alla famiglia di cui fu parte, e perde il dritto di agnazione che avea; ma nulla meno conserva, così dopo come pria, la capacità di appartenere ad una famiglia romana, e non muta in certo modo che la *familia. Status mutatio.* Imperocchè, tosto che egli esce da una famiglia, od entra in un' altra già preesistente, come per es. è nel caso dell'adozione, o ne fonda una nuova, come nell' emancipazione. In quest' ultimo caso si verifica pel *minutus* in virtù della *minima capitis deminutio*, sotto certo rapporto, un allargamento della sua precedente capacità giuridica, giacchè egli da *homo alieni iuris* diviene *homo sui iuris* (1).

Nella stessa famiglia, alla quale si appartiene come agnato, produce naturalmente una grande differenza la condizione che si ha come membro di essa, se, cioè, come *paterfamilias* o come *filiusfamilias*. Poichè da ciò dipende se il membro di famiglia sia *sui* o *alieni iuris*. Ma qui noi, senza guardare a codesta speciale condizione, discorriam solo della qualità generale di membro di famiglia e de' suoi effetti, i quali erano in antico non poco importanti, poichè originariamente, ove si trattava di utilità giuridiche particolari uscenti da un legame di famiglia, per es. della devoluzione di eredità, non si considerava altro che l' *agnatio*, che era ancor essa strettamente *iuris civilis*. Per contrario,

---

(1) V. più sopra il §. 67.

la *cognatio* era *iuris gentium*,ed avea poca importanza giuridica. Quindi lo *status familiae* aver doveva un grande valore, e profondamente adoperare su molti rapporti di dritto privato. In processo di tempo ancor quivi si mostrò la tendenza del dritto romano a ravvicinarsi al *ius gentium;* prima dal dritto pretorio, poi dal dritto civile medesimo la cognazione, come tale, fu avuta in più considerazione, ed anche equiparata pressochè in tutto all'agnazione. Nondimeno nel dritto romano nuovissimo lo *status familiae* non ha perduto tutta la sua importanza.

I giuridici effetti della parentela, così dell' agnazione, come della cognazione, si determinano parte secondo la specie (1), parte secondo il grado (2) della parentela medesima (3).

---

(1) Secondo la qualità della parentela si distinguono i congiunti in linea retta ed in linea collaterale a). La parentela di due persone in linea retta, *linea recta*, vien fondata così, che una di queste persone discende dall'altra, vuoi immediatamente, vuoi per membri intermedi. In tal caso elleno stanno tra loro nel rapporto di discendenti ed ascendenti aa). Discendenti (*linea inferior*) linea discendente, diconsi que', che discendono da un altro, ne' loro rapporti con questo; quindi il *filius* e la *filia*, *nepos* e *neptis*, *abnepos* ed *abneptis*, ed altri ancora più giù, *adnepos*, *adneptis*, e finalmente *trinepos*, *trineptis*. I discendenti più lontani vanno sotto un nome comune: *posteriores* bb). Ascendenti (*linea superior*) linea ascendente, si dicono coloro da'quali un altro discende, ne'loro rapporti con questo: quindi *pater*, *mater*, *avus*, *avia*, *proavus*, *proavia*, *abavus*, *abavia*, e va proseguendo: *atavus*, *atavia*, *tritavus*, *tritavia*. Gli ascendenti ancora più lontani diconsi *maiores*). I collaterali sono que' parenti, che non discendono l' uno dall' altro, ma da un terzo a tutti comune, detto *stipes communis*. La riunione di loro forma la linea trasversale, *linea transversa*, s. *obliqua*, e siffatti parenti diconsi *collaterales*, come *ex transversa* s. *a latere*, o come *ex transversa*, s. *obliqua linea conjuncti*, s. *venientes*. Quivi appartengono, come i più prossimi, i fratelli e le sorelle, *frater et soror*. Tra questi si distinguono i *germani*, i nati, cioè, da uno stesso padre e da una stessa madre, *fratres et sorores ex utroque parente*, o *per utrumque parentem coniuncti*, da' *consanguinei*, i quali hanno comune uno dei genitori, o solo il padre, *ex eodem patre tantum coniuncti*, oggidì detti *consanguinei*, o solo la madre *per matrem tantum coniuncti*, detti *uterini*. Oltre a'fratelli e sorelle devono tra i collaterali noverarsi eziandio lo zio e la zià, dalla linea paterna, cioè il fratello e la sorella del padre, *patruus*, *amita*, dalla linea materna, cioè i fratelli e le sorelle della madre, *avunculus*, *matertera*, in rapporto ai loro nipoti maschi o femmine, *fratris et sororis filii*, *filiae*; inoltre lo zio nonno e la zia nonna, *patruus magnus*, *amita magna*, (i fratelli e le sorelle dell' avo paterno) *avunculus magnus*, *matertera magna*, (il fratello e la sorella dell' ava materna) nella loro relazione co' bisnipoti e con le bisnipoti etc... c). Così nella linea retta, come nella collaterale è possibile una parentela duplice, o di più specie. Questo è quando la ragion di parentela per queste persone ha luogo per più cause. Allorchè per es. due congiunti, poniamo i figli di fratelli e sorelle, generano un figlio, questi è congiunto con ognuno de' suoi due genitori anche per mezzo dell' altro, è, cioè dire, non solo discendente, ma anche parente collaterale di suo padre e di sua madre.

(2) Sotto il grado di parentela, *gradus cognationis*, si comprende la maggiore o minore lontananza delle persone congiunte tra loro. In certo modo sono da contare i *gradus* da un parente ad un altro, la cui prossimità di parentela è da calcolare, ora risalendo ora discendendo, o nella linea collaterale, parte risalendo allo stipite comune, parte discendendo da esso. Ogni generazione forma un grado, e quante generazioni sono necessarie a produrre la cognazione di due persone, in tanti gradi son esse tra loro congiunte. *Tot sunt gradus, quot generationes.*

(3) Per fare sensibile la serie de' congiunti e la loro reciproca relazione si

Quum et libertas et civitas retinetur, *familia tantum mutatur*, minimam esse capitis deminutionem constat. PAULUS, fr. 11, D., IV, 5, *De capite minutis*.

Gradus cognationis alii superioris ordinis sunt, alii inferioris, alii ex transverso, sive a latere. Superioris ordinis sunt parentes; inferioris liberi; ex transverso, sive a latere fratres et sorores liberique eorum. GAIUS, in fr. 1, pr. D. XXXVIII, 10, *De gradibus*.

§. 80.

Della Gentilitas.

Una estensione in certo modo artificiale dell'idea giuridica della *familia*, oltre a'propri confini di essa, erano le *gentes*, o le unioni dei *gentiles* tra loro e pe'quali occorre talvolta di trovare la voce *familia* in un senso più largo. Intorno alla loro propria natura noi non possiamo dir che poche cose con accerto. Esse traevano origine, secondo la loro primitiva essenza, da fini politici religiosi, stantechè da una parte si annodavano con la più antica costituzione dello Stato, specialmente con la divisione del *populus* in curie; dall'altra con i *sacra privata*. Le *gentes* erano volontarie congregazioni di più famiglie patrizie aventi ab antico de'nati liberi, nè aveano bisogno di discendere da uno stipite comune, ma tutte portavano uno stesso nome patronimico, *nomen*, (*gentis*). Chi facea parte di simile confederazione dicevasi *gentilis*, e poteva, indipendentemente da' dritti o doveri politici, pretendere molti dritti di famiglia, che non eran, certo, senza importanza nel seno della sua congregazione. Specialmente quando mancavano gli agnati di un defunto appartenente alla *gens*, o di uno che avesse bisogno di una amministrazione, erano i *gentili* chiamati alla successione intestata, o ad avere la tutela su di lui.

La *gentilitas* avea, dunque, una duplice importanza, e come corporazione politica, e come estensione della famiglia di dritto civile privato. Pertanto, il legame in che la *gentilitas* era con l' antica costituzione politica e religiosa, chiarifica bene il perchè sotto il regime imperiale scomparvero per tempo siffatte congregazioni di *gentiles*.

Gentiles sunt, qui inter se eodem nomine sunt. Non est satis. Qui ab ingenuis oriundi sunt. Ne id quidem satis est. Quorum maiorum nemo servitutem servivit. Abest etiam nunc. Qui capite non sunt deminuti. Hoc fortasse satis est. CICER., *Topic.*, cap. 6.

---

usano certi segni sulla così detta tavola genealogica. Ogni individuo vien indicato con un cerchio O; la persona che vuol essere posta in rilievo, con un cerchio doppio ◎. Se il maschio vuolsi distinguere dalla femmina, l'ultima si nota con un quadrato □ o con un triangolo Δ. Il rapporto di matrimonio tra due persone si esprime con una linea circolare che abbracci entrambe O͜Δ; la discendenza di una persona da un'altra si dinota così ⚲. Le persone defunte con questi segni: ⊖ o ⊕

§. 81.

Connessità dell'intero dritto di famiglia, nel sistema romano, con lo status familiae.

I romani nel loro sistema di dritto non danno alle relazioni di famiglia propriamente dette, cioè dire, al matrimonio ed a' rapporti de'genitori co'loro figli, un luogo speciale ed indipendente, ma ne trattano, così per transito, nel *ius quod ad personas pertinet*. Questo dritto delle persone discorron essi in molte precipue divisioni degli uomini, alle quali collegano la esposizione de'tre *status*. Essi prendon le mosse dalla divisione degli uomini in liberi e non liberi, la quale naturalissimamente corrisponde allo *status libertatis*. A questa divisione fanno immediatamente seguir l'altra de'liberi in *ingenui* e *manomessi*. Ciò porge loro occasione di trattare ad un tempo della diversità degli uomini secondo la loro cittadinanza, come *cives romani* e come *peregrini*, e per tal guisa allo *status libertatis* congiungono lo *status civitatis*. Finalmente ei trattano il dritto delle persone in una terza divisione degli uomini, cioè *in homines sui vel alieni iuris*. Fra questi ultimi indicano specialmente i *filiifamilias*, e così pervengono alla dottrina dello *status familiae* che, secondo il detto più sopra, direttamente si fonda sull' agnazione, la quale alla sua volta riposa sulla patria potestà. Con questo rapporto di famiglia, ch' è di tanto rilievo per essi, cioè dire, la *patria potestas*, ei congiungono così di passata la dottrina del matrimonio, sendochè la potestà paterna si fonda nel modo più frequente e più naturale mercè la procreazione de' figli in legittima unione di uomo con donna. In ultimo, quanto alla tutela ed alla curatela, ancor esse vengono poste in istrettissimo legamento con lo *status familiae* e con la *patria potestas*. Imperocchè vengon considerate da' romani siccome una istituzione avente per iscopo la cura di quegli uomini liberi, i quali non istanno sotto la patria potestà, e non possono nè sanno provvedere ai loro interessi. Per tal modo la tutela, come pur la curatela, formava un'appendice alla dottrina della patria potestà (1).

Senza dubbio, sembra necessario, ad intendere le sorgenti giuridiche de'romani ed il sistema scientifico che loro serve di base, il conoscere questa connessione nel loro sistema di dritto. Tuttavia sarà forse più naturale e più conveniente allo scopo di queste nostre Istituzioni il tenere un'altra via nella sistematica sposizione de' rapporti di famiglia. Con avvedimento siffatto noi limitiamo il dritto delle persone soltanto alla teoria dello *Status*, e, per contrario, concederemo a'rapporti di famiglia propriamente detti, alla dottrina del matrimonio, de'rapporti di padre e figlio e della patria potestà in particolare, e finalmente della tutela, un luogo speciale nel sistema sotto il nome di dritto di

(1) Gaius 1. §. 9 — 12. 48. 56. 142 — pr. *Inst. I.* 3. *de jure pers.* — pr. *Inst. I*, 8. *de his, qui sui.* — pr. et §. 3. *Inst. I*, 9. *de patr. pot.* — *inst. lib. I. tit.* 10, *de nuptiis.* — pr. *Inst.* I, 13, *de tutelis.*

famiglia in questo moderno significato della parola. Per tal modo cosiffatti rapporti, in vece di essere così di sbieco veduti, cosa, certo, contraria alle nostre idee d'oggidì, ed anche allo spirito del dritto romano, specialmente del dritto romano odierno, verran situati nel lume dell'evidenza loro speciale.

Ma perchè al dritto di famiglia vogliam noi far precedere il dritto di patrimonio? La ragione di ciò fare è ben semplice; la si trova nella circostanza che i rapporti di famiglia possono in moltiplici modi sul diritto di patrimonio, e per bene intendere cotal loro operare, forza è che si abbia preliminarmente una generale notizia di quest' ultimo dritto.

LIBRO TERZO.

TEORIA DEL DRITTO DI PATRIMONIO.

§. 82.

Idea generale.

Giusta la generale classificazione di tutt' i dritti da noi fatta più sopra (1) secondo il loro obbietto, ve n'ha di que'che sono diretti su cose esteriori e pertinenti al nostro patrimonio, *bona nostra*. I principî giuridici ad essi relativi formano nel tutt'insieme il *dritto di patrimonio*, o la dottrina de' rapporti di patrimonio. Ma poichè i singoli possibili obbietti del patrimonio si appresentano o come *cose determinate* o come determinati *atti* obbligatorî, *prestazioni*, il dritto di patrimonio si divide naturalmente in due parti principali, nel *dritto delle cose* e nel *dritto delle obbligazioni*.

SEZIONE PRIMA.

DEL DRITTO DELLE COSE, O TEORIA DI QUE' DRITTI CHE COMPETONO NELLE COSE, OSSIA DE' DRITTI REALI.

CAPITOLO PRIMO.

PRINCIPII GENERALI INTORNO ALLE COSE, ALLE DIVERSE LORO SPECIE, ED I DRITTI DI CHE POSSONO ESSERE OBBIETTO.

§. 83.

Idea delle cose e divisione loro in corporali e non corporali.

Inst. lib. II. tit. 1. de rerum divisione et adquirendo earum dominio; tit. 2. de rebus corporalibus et incorporalibus.

Per cosa, *res*, nel significato fondamentale che noi qui diamo a questa parola, e perciò non identico con l' idea più generale di cosa, s' intende tutto ciò che corporalmente esiste nello spazio senza

(1) V. il §. 48.

essere una *persona;* quindi ogni parte limitata del mondo esterno non libero.

Da ciò conseguita che solo le cose corporali, *res corporales, quae sunt, quae tangi possunt*, son vere cose. Certo, tal fu la primitiva significazione della voce *res*. Pertanto i romani e per astrazioni filosofiche e per un bisogno della stessa giurisprudenza si fecero ad equiparare con le vere cose l'idea di certe altre che non sono corporali, e sotto il nome di cose incorporee, *res incorporales, quae tangi non possunt, quae intelliguntur, quae in iure tantum consistunt*, e le introdussero nel loro giuridico sistema. Essi intendono per cose *incorporali* tutto ciò che, senza di avere corporea esistenza, esiste mentalmente, in ispezialità e giuridicamente parlando, tutt'i dritti e rapporti di dritto. E le somigliano alle cose propriamente dette, perchè esse del pari che queste, hanno una certa esistenza assai feconda di giuridiche conseguenze. D'altra parte, ei le distinguono esattamente dalle cose, perocchè siffatti rapporti di dritto, ancor quando abbiano per obbietto cose corporali, riposano sempre, quanto alla loro esistenza, essenza, estensione e contenuto, su di una giuridica astrazione. Solo n'eccettuano il dritto di proprietà, giacchè si fanno a considerarla per sè come qualcosa di corporeo, indipendente ; e perciò, in luogo del dritto, che è diretto sulla cosa, nominano unicamente l'oggetto di esso, la medesima cosa corporea e distinta. Il che a noi pare molto naturale considerando che la proprietà essenzialmente compete soltanto sulle cose corporali, e che in fondo ella coincide effettualmente col suo oggetto, con la stessa cosa corporea, la quale vien sottoposta interamente e per ogni guisa all'arbitrio del proprietario.

Rerum definitionum autem duo sunt genera. Unum earum rerum, quae sunt, alterum earum rerum, quae intelliguntur. Esse ea dico, quae cerni tangive possunt, ut fundus, aedes... Non esse rursus ea dico, quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intelligi possunt, ut si usucapionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest quasi corpus, est tamen quaedam conformatio insignita et impressa intelligentiae, quam notionem voco. Cic., *Top.*, c. 5.

Non solum *res* in stipulatum deduci possunt, sed etiam *facta*, ut si stipulemur, aliquid fieri, vel non fieri. § 6, Inst. III, 16, *de verborum obligat.*

Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sûnt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur ; nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia ; nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi, et ipsum ius obligationis incorporale est. Gai., fr. 1, § 1, D. I, 8, *de divis. rer. et qual.*

§. 84.

Divisione delle cose, secondo che sono in commercio o fuori di esso.

GAI., *Comm. lib.* II, §. 2, *sqq. Inst. lib.* II, *tit.* 1, *de rerum div. Dig. lib.* 1, *tit.* 8, *de divisione rerum et qualitate.*

Quel che rende le cose propriamente dette così importanti per il dritto, e in ispecialità per il dritto privato, vuolsi cercare nell'attitudine che naturalmente è in loro di poter servire agli uomini, e di essere perciò sottoposte all'esclusivo dominio, alla proprietà di essi, specialmente de' singoli privati, e di appartenere al loro patrimonio, *patrimonium*. Con ciò per tanto non bisogna confondere la circostanza meramente fortuita e di fatto, che una cosa, cioè, abbia di presente un proprietario, ovver non, e che sia *res nullius*.

Si noti però che tale attitudine non è propria assolutamente di tutte le cose, nè tutte l'hanno in eguale misura. Le ragioni di ciò sono di diverso genere. Bene disaminandole, si scorgerà tali cose essere *res nullius* in questo senso, se non possano appartenere a nessun uomo, o se soltanto non possano essere proprietà di un individuo, essere *res singulorum;* inoltre se tali sieno assolutamente e per sempre, o solo per circostanze presenti e non durature.

Innanzi tutto v'ha delle cose, le quali, secondo la loro fisica qualità, non possono appartenere esclusivamente ad alcun uomo, perocchè sono sottratte dalla natura ad ogni fisico umano potere, come il sole, la luna, le stelle. E ciò ben s'intende da sè, queste cose sotto tale rapporto non vengono da'romani peculiarmente rilevate. Quivi si riferiscono quelle cose che i romani indicano come *res omnium hominum communes*, come cose le quali, almeno secondo la destinazione data ad esse dalla razionale natura degli uomini, esistono pel comun uso di tutti. Così è l'aria, il mare ed il suo lido. Nullameno queste cose, appunto perchè la loro inattitudine di divenir proprietà non si fonda su leggi naturali, ma solo direttamente su la loro naturale destinazione, sono capaci di essere proprietà nelle loro parti o sotto certi rapporti, secondo una speciale disposizione di legge, e per virtù di eccezione.

Tra le altre cose, ci ha di quelle, le quali si dicono *res divini iuris*, stantechè per la loro destinazione religiosa son così fatte che, sin quando non sia tolto cotale ostacolo religioso, non lo Stato, nè un individuo può acquistarne la esclusiva proprietà. Queste sono, secondo gli statuti del culto pagano di Roma, le *res sacrae*, *sanctae* e *religiosae*.

Le cose poi che non hanno mica un carattere religioso, e che per questo si addimandano *res humani iuris*, possono mai sempre appartenere agli uomini, ma non sempre a'singoli, e perciò non essere sempre *res singulorum*. Di fatto, spesse volte esse ricevono una pubblica destinazione, per la quale, come *publicae res*, solo appartengono all'università di tutto lo Stato. Quindi dovrebbero perdere questa pub-

blica destinazione perchè potessero divenire proprietà de' privati. Il medesimo è a dire delle così dette *res universitatis*, le quali non appartengono già a tutto lo Stato, ma solo ad una corporazione, *universitas*, riconosciuta legalmente, e che spesso i romani, in un senso più largo, noverano tra le *res publicae*. Del rimanente, il potere ed il bisogno che hanno i particolari di far più o meno uso di tutte queste cose, benchè dicasi ch'elleno essere non possono *res singulorum*, non distruggono per nulla cotesto loro giuridico carattere.

Dal fin qui detto e' torna evidente perchè i Romani dicono che le cose sono o *res quae in nostro patrimonio sunt*, o *res quae extra nostrum patrimonium habentur*. La quale divisione è alcun poco equivoca, poichè la si può riferire così alla giuridica e permanente qualità di non poter divenire proprietà di un individuo, come alla fortuita circostanza di non essere per ora proprietà di nessuno. Per contrario, solo su quella giuridica incapacità fondasi direttamente l'altra divisione delle cose in *res extra commercium* e in *res in commercio*, mentre essa significa che le prime sono più o meno sottratte all' ordinario comune commercio della proprietà, sovrattutto al commercio privato.

Modo videamus de rebus, quae vel in nostro patrimonio sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur. Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur, sicut ex subiectis apparebit.

Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec : aer, aqua profluens, et mare et per hoc littus maris... Flumina autem omnia et portus publica sunt... Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt, ut theatra, stadia, et similia, et si qua alia sunt communia civitatum.

Nullius autem sunt res sacrae, et religiosae, et sanctae. Quod enim divini iuris est, id nullius in bonis est.

Sacra sunt, quae rite et per pontifices Deo consecrata sunt, veluti aedes sacrae, et dona, quae rite ad ministerium Dei dedicata sunt.

Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum.

Sanctae quoque res, veluti muri et portae, quodam modo divini iuris sunt, et ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia poena capitis constituta est in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo et legum eas partes, quibus poenas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus. § 7, 10, Inst. II, 1, *de rer. divis*.

Quod autem divini iuris, id nullius in bonis est : id vero quod humani iuris est, plerumque alicuius in bonis est ; potest autem et nullius in bonis esse. Gai. II, § 9.

§. 85.

Altre divisioni delle cose secondo la loro qualità fisica o giuridica.

Le cose (corporali) sono, secondo la loro naturale qualità, o immobili, *immobiles res, solum et res soli*, o mobili, *mobiles res*. Fra le prime distinguevasi lo *italicum solum*, il cui contrapposto erano i *praedia provincialia*, cioè tutti i fondi situati fuori d'Italia, salvo quei che fossero posti nell' agro di una città che avesse conseguito il *ius*

italicum. I fondi provinciali non erano capaci di proprietà rigorosa, o quiritaria che dir si voglia.

Ed appunto sulla naturale qualità delle cose si adagia, almeno in parte, la divisione così importante per il diritto di obbligazione, per cui le cose si distinguono in *res quae pondere, numero vel mensura consistunt*, ed in qnelle, *quae non pondere, numero vel mensura consistunt*. Fra le cose della prima specie si annovera anche la moneta, *pecunia*, nello stretto senso della parola, cioè que' pezzi di metallo coniati, i quali servono nello Stato come un mezzo generale di cambio e di commercio, con cbe si ragguaglia e determina il valore di tutte le cose patrimoniali.

Con la divisione testè mentovata non è da confondere, sebbene spesso accidentalmente vi coincida, un' altra che si fonda sovra una base interamente diversa e che per certi rapporti giuridici è di grande importanza, specialmente per l'*ususfructus*; quella, vogliam dire, delle cose in *res, quae usu consumuntur, vel minuuntur, quae abusu consistunt*, o *res quae usu non consumuntur, nec minuuntur*.

Finalmente qui merita di essere menzionata l' antichissima divisione delle cose, fondata su principî di dritto puramente positivo e rigorosamente civile, la divisione delle cose *in mancipi res*, ed *in res nec mancipi*. La si connette con la maggiore o minore facilità con cui si può attuare pel commercio privato il passaggio della proprietà di nna *res in commercio* dal precedente proprietario ad un altro, mentre nelle *nec mancipi res* essa poteva aver luogo mediante il semplice trasferimento del possesso, *traditio*, la quale non bastava trattandosi di *mancipi res*, ma richiedevasi una solenne translazione nella forma della *mancipatio* (1). Per contrario in tutti gli altri punti, specialmente in tutti gli altri modi di acquistare la proprietà, non si facea valere la distinzione di *mancipi* e *nec mancipi res*. Come *mancipi res* ci vengono chiaramente indicati i fondi *in italico solo*, le servitù reali appartenenti ad un *praedium rusticum*, inoltre gli schiavi, e finalmente tutti gli animali indigeni in Italia, da soma e da tiro, addomesticati e perciò non annoverevoli fra le *bestiae*. Tutte le altre cose erano *nec mancipi res*. Sulla ragione primitiva e comune, in cui questa distinzione era fondata, non si è concordi.

Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt, quoniam earum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie. PAULUS, fr. 2, § 1, D. XII, 1, *De reb. credit.*

Mutui autem datio in iis rebus consistit, quae pondere, numero, mensura constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro, quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. Et quoniam nobis non eaedem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatis redduntur, inde etiam mutuum appellatum est, caet. Pr., Inst. III, 14. *Quib. mod. re contrah. oblig.*

(1) V. più giù la storia della proprietà, specialmente il §. 89.

Omnes res aut mancipi sunt, aut nec mancipi. Mancipi res sunt praedia in italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus. Item iura praediorum rusticorum, veluti via, iter, actus et aquaeductus. Item servi et quadrupedes, quae dorso, collove domantur, veluti boves, muli, equi, asini. Caeterae res nec mancipi sunt. Elephanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt. Ulp., fr. XIX, § 1.

§. 86.

Idea e specie de' iura in re, de' dritti reali.

I dritti che, riguardo al loro oggetto, si riferiscono direttamente ad una cosa determinata, secondo il detto di sopra (§. 48), si dicono *iura in re*, dritti nelle cose, dritti reali. La loro idea porta questo con sè, che per mezzo di essi vien sempre alla dominazione ed alla volontà dell' individuo sottomessa una cosa determinata, come il proprio obbietto, e sotto qualche rapporto ; ma solo ora più ed ora meno.

Su questa estensione di dominio riposa la divisione del *ius in re propria*, il diritto reale nella propria cosa, il diritto di proprietà, e de'*iura in re aliena*, e spesso ancor detti semplicemente e per antonomasia *iura in re*, diritti reali nella cosa altrui. Per mezzo del primo dritto, il quale forma la specie primitiva, semplicissima e naturalissima de' dritti reali, una cosa viene a noi sottomessa in modo assoluto, ed appunto per questo la si dice nostra *propria* cosa. Per mezzo del secondo, che in certo modo è una emanazione e parte, per così dire, distaccata del dritto di proprietà, una cosa a noi straniera, quanto alla proprietà, è sottoposta al nostro dominio ; ma, com' è naturale, sempre partitamente, cioè solo in una maniera limitata e con certe condizioni appunto perchè la proprietà di un altro deve continuare a sussistere di presso al nostro dritto. Ora come si diversificano le singole condizioni ed i limiti ne' quali una cosa è atta ad essere sottomessa alla nostra potestà giuridica, di egual modo i *iura in re aliena* possono variare ancor essi.

Se i dritti delle cose devono godersi con piena sicurezza da chi li possiede, forza è che abbiano natura assoluta e generalmente obbligatoria. Gli è per ciò che noi troviamo essere siffatti dritti, almeno nella loro forma compiutamente sviluppata, tutti protetti per mezzo della vindicazione e d' azioni reali ; ma questo non è necessario per la essenza di simili dritti. Anzi la storia dell' antico dritto romano, non escluso nemmeno il periodo del suo posteriore svolgimento, ci porge parecchi esempi in contrario.

CAPITOLO SECONDO.

TEORIA DELLA PROPRIETA'.

I.

INTRODUZIONE GENERALE.

§. 87.

Idea ed estensione naturale e regolare della proprietà.

Proprietà è la totale giuridica soggezione di una cosa corporea sotto il dominio altrui. La cosa diviene per tal modo *propria*, e quegli cui spetta dicesi proprietario. Quanto al contenuto ed estensione, la cosa è sottoposta alla sua potestà sì compiutamente, che per regola generale e nel dubbio essa dipende al tutto dalla volontà di lui che n' è il proprietario, e l' autorizza esclusivamente a disporne comunque gli aggrada. Ond' è che la proprietà viene ancora indicata per eccellenza come il dritto di dominio su di una cosa, come il *dominium;* il proprietario poi come il padrone della cosa, *dominus.*

La quale definizione non ripugna alla circostanza, che la proprietà può essere limitata per mezzo di speciali rapporti e per particolari motivi; come avviene quando uno o più dritti su la cosa sien tolti al proprietario, distaccati dalla sua proprietà e trasportati nel patrimonio di un altro. Poichè sempre questo stato incompiuto della proprietà si presenta come una eccezione alla regola. Esso è veramente possibile, ma appunto perchè si slontana dalla regola, la presunzione sta contro di sè; mentre al contrario la illimitazione della proprietà, come regola, va sempre presunta. Questo principio ha conseguenze molto importanti sotto più rapporti, e nel debito luogo le dichiareremo. La ragione di siffatta limitazione della proprietà può variare di molto. Or la si trova in disposizioni generali di legge; le quali per gravi considerazioni restringono, una volta per sempre, certi modi di esercizio della proprietà, massime della proprietà fondiaria, a fin di mantenere il buon accordo tra i vicini, nell'interesse dell' agricoltura, o per ragioni di polizia concernenti gli edifici. Ancor esse le leggi delle XII tavole conoscevano e facean menzione di simili legali restrizioni alla proprietà fondiaria. La si trova eziandio, e molto più spesso, in speciali ed individui rapporti; stantechè il proprietario, per virtù del diritto che ha di disporre del suo, può distaccare alcune parti integrali della sua proprietà e conferirle ad un altro senza che faccia abbandono di tutta quanta la sua cosa.

Dalla idea naturale della proprietà per noi data qui sopra consegue che una più speciale enumerazione de' dritti reali, che sono in essa rinchiusi, non sembra necessaria. Poichè sin quando una eccezione

particolare non sia provata, *tutte le possibili* utilità sono rinchiuse nella cosa, e queste col carattere della *esclusività*. Nullameno, e per facilitare il prospetto della materia, e per altri motivi suolsi ordinariamente ridurre tutti i dritti che costituiscono la proprietà a tre classi precipue, le quali, per verità, rientrano per più riguardi le une nelle altre.

1.° Il diritto di ogni possibile modo di *godimento* della cosa, *ius utendi et fruendi*.

2.° Il diritto di *libera disposizione*, *ius disponendi*, cioè dire il diritto del proprietario non solo di operare *fisicamente* ed a suo piacere sulla cosa e di cangiarne la forma estrinseca, ma anche di disporne *giuridicamente* tramutandone il precedente rapporto di diritto, specialmente alienando la proprietà della sua cosa in tutto od in parte.

3.° Il *diritto al possesso*, cioè dire, alla corporale pacifica detenzione della cosa come mezzo necessario e fisico per potere intieramente usare della sua proprietà.

§. 88.

Del possesso in particolare.

Dig. lib. XLI, tit. 2, de adquirenda vel amittenda possessione — Cod. lib. VII, tit. 32, de adquirenda et retinenda possessione.

Possedere una cosa, *possidere*, *tenere*, significa in generale avere in poter nostro una cosa corporea, per modo che sia totalmente sottoposta alla nostra fisica potestà.

Gli è facile il comprendere che questa naturale condizione di corporale possesso e di esclusiva e fisica dominazione della cosa non può attuarsi altrimenti che per mezzo di un fatto esterno, *factum* o *corpus*, che ci metta in istato di potere fisicamente ed esclusivamente operare su di essa. *Possessio facto s.corpore adquiritur*. Spessissimo, senza dubbio, questo *factum* consiste nell'immediata corporea apprensione della cosa, ma, certo, non è questo il solo mezzo.

Per la stessa ragione un possesso già acquistato perdura sino a che per effetto di un cangiamento di fatto il precedente possessore della cosa non venga in istato in cui gli torni fisicamente impossibile di operare più oltre ed esclusivamente su di essa, a sua volontà, o per mezzo di altri. Cangiamento siffatto vien indicato nelle fonti come *factum contrarium, s. in contrarium actum. Possessio facto s. corpore contrario amittitur.*

Essendo il possesso un mezzo necessario ed esterno per l' esercizio della proprietà, viene a ricadere nella sfera del dritto ed ha un significato giuridico, sebbene per sè e conforme la sua essenza originaria non sia che un semplice fatto. Anche dall' idea surriferita della proprietà conseguita che il proprietario, come tale, per re-

gola, ove peculiari ragioni e per modo eccezionale non gli si oppongano, può pretendere il pacifico possesso della sua cosa, e valersi de' provvedimenti giuridici attemperati a rimuovere qualsivoglia molestia. Sotto il quale rapporto il *possesso* è alla *proprietà* come l'elemento materiale è all'elemento legale, come l'esercizio del dritto e la fisica possibilità di questo esercizio stanno col dritto medesimo.

Ora nel modo stesso che il proprietario non sempre necessariamente possiede la sua cosa, nè sempre ha facoltà di pretenderne il possesso, così pure si può possedere una cosa senza esserne proprietario, cioè dire, un' altrui cosa. Il che può intervenire ora a buon dritto, ora no ; e lo scopo di chi possiede può variare moltissimo. Così il possessore non di rado congiunge al possesso naturale della cosa l'intenzione di attribuirsene in un medesimo la proprietà, e vuol esercitare formalmente il dritto di proprietà su di essa, *animus domini*. In tal caso il suo possesso, appunto per questa sua intenzione, acquista un certo carattere giuridico e peculiare. Il dritto romano, in effetti, lega ad ogni consimile esercizio di fatto della proprietà, senza por mente se il possessore sia ovver no vero proprietario, certe conseguenze giuridiche e certi effetti favorevoli al possessore medesimo. Gli è per questo che cotal possesso si addimanda oggidì *possesso giuridico* in contrapposto al *possesso non giuridico*, il che si avvera nel caso, in cui qualcuno tenga una cosa corporalmente, ma senza l'animo di volersene attribuire il dritto di proprietà (1). I romani dicono, per verità, ogni possesso *possessio*, in un senso lato ; ma in un senso stretto, rigoroso, tecnico dinotano con la voce *possessio* o *possidere* non altro che quella condizion di possesso, che per noi suolsi addimandare *giuridico* : il possesso non giuridico ei vengono significando con le espressioni *habere*, *tenere rem*, ovvero *naturaliter possidere*, *naturalis possessio*.

Adunque, ciò che tramuta il possesso di fatto in un possesso giuridico, in una *possessio* propriamente detta, consiste in una certa *intenzione*, cioè nel pensiero di attribuirsi la proprietà della cosa, nell' *animus* (*sibi*) *possidendi*, *animus domini*, detto pure solamente *animus*. Dal che si vede il perchè nel dritto romano si dica *possessio corpore (facto) et animo adquiritur*. Potendo poi siffatta intenzione cessar di esistere, col principio testè cennato si annoda quest' altro : *possessio corpore et animo contrario amittitur*. Finalmente, poichè solo nella unione di que' due elementi, del *factum* e dell' *animus*, sta l'idea del possesso giuridico, ne segue che esso continua ad essere tale sino a quando cotesti due elementi coesistano ; onde cessa tostochè uno di essi venga a mancare.

---

(1) Per una speciale disposizione del dritto romano vien dato eccezionalmente un possesso giuridico anche a certe persone, che in una cosa corporea non si attribuiscono la proprietà, ma un altro dritto, per es. un *pignus*. Oggi vi si scorge un possesso giuridico *derivato*.

Quel che caratterizza il *possesso giuridico*, come tale, è da trovare in certi effetti giuridici che legalmente vi si collegano in pro del possessore, parte per opra dell' editto pretorio, parte del dritto civile, i *iura possessionis*. Ed in vero chi possiede una cosa come *proprietario*, n' abbia oppur no la proprietà, creda pure, in quest' ultimo caso, di esserne proprietario, o senta di attribuirsene ingiustamente la proprietà, ha sempre il dritto di provvisoriamente invocare un mezzo legale che lo faccia securo da ogni arbitraria molestia nel suo possesso. Questo soccorso gli vien dato dal dritto pretorio mediante gl' *interdetti possessori*, i quali diconsi cosi, *interdicta*, *quae possessionis causam habent*, per la ragione che in essi il possesso n'è il fondamento, lo scopo e l' obbietto. Del resto, non consistono che in certe azioni personali, mercè cui il possessore può lontanare dal suo possesso qualsivoglia turbativa contraria alle leggi, però serbando la forma conveniente alla procedura degli interdetti. Per tal guisa, quando il possessore, a cagione di una turbativa di fatto, abbia perduto il possesso materiale, può bene, la mercè de' *recuperandae possessionis interdicta*, reclamare di esser prestamente reintegrato nel suo possesso, e specialmente con l' *interdictum unde vi* quando egli, per violenza esercitata contro la sua persona, sia stato espulso dal possesso di un fondo. Per contrario, se per mezzo delle vie di fatto non sia stato peranco spogliato del suo possesso, può pretendere, valendosi de' *retinendae possessionis interdicta*, la conservazione e la giuridica garentia del suo possesso. A questo scopo il possessore di un immobile ha l'*interdictum uti possidetis;* que' che possiede una cosa mobile l' *interdictum utrubi*. Tutti gli altri interdetti portano un nome speciale; si dinotano, cioè, con le prime parole usate dal Pretore formulando l' editto che li concedeva (V. sopra §. 55).

Imperò vede ognuno che qualsivoglia giuridico possesso conferisce il dritto ad essere difeso dagli interdetti possessori; onde questa protezione forma il carattere *generale* del possesso giuridico, che spesso suol chiamarsi eziandio *possessio ad interdicta*. Ma il medesimo possesso può eziandio, col concorso di certe circostanze, avere una altra conseguenza ed efficacia giuridica di più grande rilievo. In effetti, colui che acquistò sotto certe particolari circostanze il possesso giuridico di una cosa senza esserne addivenuto proprietario, può convertire questa sua condizion di possessore in quella di vero proprietario sol che continui a possedere pacificamente e senza interruzione per un certo tempo. Egli allora acquista la proprietà della cosa per il lungo possesso, *usus*, *rem usu capit*, *usucapio*. Ma ciò suppone, senza dubbio, che per giusta guisa in generale, *iusto titulo* e nel tempo stesso portando ferma opinione di potersi attribuire il dritto di proprietà, *bona fide*, abbia egli acquistato il possesso della cosa. Somigliante possesso giuridico, che nel modo anzidetto può condurre all' usucapione, chiamasi nelle sorgenti del diritto per antonomasia *civilis possessio*, parte perchè lo stesso dritto civile attribuisce al possesso cosiffatta

usucapione, parte perchè l' usucapione è un istituto così strettamente civile.

Tutto ciò naturalmente vale soltanto per le cose corporee; chè un oggetto incorporale non si può corporalmente detenere, e quindi nè manco possedere. Purnondimeno il bisogno pratico indusse i romani nell' idea di applicare per analogia anche a certe cose incorporee, a certi dritti e massime alle servitù i su esposti effetti del possesso giuridico, sovratutto la tutela edittale, anzi la possibilità di un acquisto simile all' usucapione. In tali casi l' *esercizio di fatto* di quel dritto rappresenta il *corpus s. factum*, la corporea detenzione, mentre l' intenzione di attribuirsi realmente il dritto esercitato tien le veci dell' *animus sibi possidendi*. Questo è ciò che si addimanda *quasi possessio* o *iuris possessio*, in contrapposto della *vera* o *corporis possessio*.

Possideri autem possunt quae sunt corporalia. Et adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore. Paulus, fr. 3, pr. et §. 1, D. XLI, 2, *De adquirenda vel amittenda possessione.*

Quemadmodum nulla possessio adquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est. Paulus, fr. 8, D. eod.

Sequens divisio interdictorum haec est, quod quaedam adipiscendae possessionis causa comparata sunt, quaedam retinendae, quaedam recuperandae...

Retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta *uti possidetis* et *utrubi*, quum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia fit, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere, uter petere debeat... Sed interdicto quidem *uti possidetis* de fundi vel aedium possessione contenditur, *utrubi* vero interdicto de rerum mobilium possessione...

Recuperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel aedium vi deiectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum *unde vi*, per quod is, qui deiecit, cogitur ei restituere possessionem, caet. §. 2, 4 et 6, I, IV, 15, *De interdictis.*

Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. Modestinus, fr. 3, D. XLI, 3, *de usurp. et usuc.*

Fieri potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor non sit: fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. Ulpianus, fr. 1, §. 2, D. XLIII, 17, *Uti possidetis.*

II.

STORIA DELLA PROPRIETÀ.

§. 89.

Antico dritto romano.

L' idea di proprietà, *alicuius*, *meum*, *nostrum esse*, è così naturale che la si può dire antica quanto lo stesso dritto romano. In origine non vi era pe' romani che una sola specie di proprietà, la quale

venia significata colla formola: *res mea est ex iure Quiritium*. Un po' tardi si accolse la parola *dominium*, e, formata che si fu un'altra specie di proprietà di costo ad essa, vi si aggiunsero gli epiteti di *iustum*, *legitimum dominium*, *dominium ex iure Quiritium*.

Questa proprietà quiritaria avea sotto tutt' i rapporti un' iudole assaissimo rigorosa; chè, in quanto al subhietto, solo i *cives romani* n' erano capaci, e que' che avessero il *commercium*. Aggiugni, che ne' primi tempi essa non esisteva, come vera proprietà privata, per i singoli, *singuli*, *privi*, salvo che per le cose mobili; sendochè i fondi, l' *ager publicus*, erano proprietà esclusiva dello Stato, e i singoli cittadini potevano sol per virtù di concessione ottenerne la *possessio*, ch'è dire, il possesso insiem con la facoltà di usufruirne. Imperò, piuttosto presto anzi che no, siffatta limitazione della proprietà alle mobili cose scomparve senza che altro ci sia noto sul proposito, e d' allora fu anche possihile una vera proprietà privata in immobili, mentre solo una parte di essi conservò il carattere di *ager publicus*. Ma, allargatosi lo Stato, un' altra importante limitazione si accolse, quella, cioè, che la proprietà quiritaria fu possibile unicamente su i fondi *in italico solo*, non in quelli delle province. In questi ultimi non altro si riconoscea che una specie di *possessio*. Nè altrimenti si acquistava tal proprietà quiritaria, che per mezzo delle *adquisitiones civiles*, cioè solo con forme e avvenimenti a questo fine dal *ius civile* prescritti, od almeno accolti e confermati non ostante che fossero provvenuti dal *ius gentium*. Da ultimo, il carattere rigorosamente civile di qnesta proprietà si manifestò e nell' assoluto dominio del *dominus* sulla sua cosa, e, più segnatamente, nella rigorosa azione che dal dritto civile si accordava per garentirla, *rei vindicatio*. Con quest'azione ben poteva il proprietario domandare la gratuita restituzione della cosa quando ne avesse perduto il possesso, e, rivolgendosi indistintamente contra qnalsivoglia detentore, ricuperarla (1).

---

(1) In questa *rei vindicatio* si scorge cospicuamente il transito dello diverse forme fondamentali del procedimento romano.

Al tempo delle *legis actiones* le servia di fondamento la *legis actio sacramento*. La s' introduceva *in iure* mediante l' atto simbolico del *manum conserere*, detto anche *vindicatio* in senso stretto. L' attore ponea la mano sulla cosa, che ei viudicava, con soleuni parole, con le quali dichiarava che essa gli apparteneva *ex iure Quiritium*. Il convenuto faceva lo stesso, *contravindicatio*. Il *magistratus* allora ordinava alle due parti di lasciare la cosa, e traduceva formalmente la controversia nel *sacramento contendere*. Il *magistratus* avea pure a decidere sul possesso della cosa durante il giudizio, *secundum alterum eorum vindicias dicere*, e quel collitigante, cui si attribuiva tale provvisorio possesso, dovea per mezzo di una *sponsio* dare cauzione all'avversario, che in caso di succumbenza, avrebbe restituita la cosa controversa, la stessa cosa corporale, *lis*, non che gli utili da lei prodotti nel tempo intermedio, *vindiciae*; *praedes litis et vindiciarum*.

Nel posteriore procedimento formulare il giudizio concernente la proprietà era introdotto con la *formula petitoria*, o *per sponsionem*. La prima avea l' *intentio*, *rem actoris esse ex iure Quiritium* ed era *arbitraria actio*, giacchè il *iudex* venia nella *formula* incaricato dal *magistratus*, sempre che avesse trova-

Le su riferite *adquisitiones civiles* erano o *rerum singularum o per universitatem adquisitiones*. Quest'ultime saranno toccate più oltre nel loro debito luogo. Le *singularum rerum adquisitiones*, che sien qui da notare come le più importanti, sono le seguenti.

1) L' *addictio* nel senso lato della parola, il trasferimento di una cosa mediante la volontà ed in nome del popolo, per mezzo di un atto di aggiudicazione esegnito dal competente *magistratus*. In principio ciò seguia per le cose che già erano state nella proprietà di tutto lo Stato, e che dovessero con siffatta formalità passare nella proprietà di un individuo. Ma ben presto questa forma di pubblicità fu applicata eziandio alle cose che già state di uno doveano divenire di un altro. Qui, come sue specie particolari, sono da notare:

a) La *emptio sub corona*, in virtù di un'aggiudicazione per parte del *magistratus* funzionante come capo militare, o del *quaestor*, nelle vendite all'incanto delle cose tolte a'nemici, specialmente a'prigionieri di guerra.

b) la *sectio bonorum*, mediante un'aggindicazione pronnnziata dal *magistratus*, dapprima solo nelle altre cose di bottino oltre a'prigionieri di guerra che dal questore in massa, come *universitas*, erano rilasciate al compratore, poi la si estese in certe altre giudiziarie aggiudicazioni di un intero patrimonio. La picca, *hasta*, che vi si piantava, indicar soleva il bottino; il qual segno fu più in là adoperato per tutte le varie vendite fatte a nome dello Stato, *subhastatio*.

c) la *in iure cessio*, la forma più generale del trasferimento della proprietà, ed applicabile ad ogni sorta di cose. Essa consisteva in un finto, simbolico giudizio di vindicazione. Colui, che doveva acquistare, reclamava la cosa innanzi al *magistratus iuri dicundo* siccome proprietà sua, con la *rei vindicatio*, *rem vindicabat*. Se il proprietario ch'era ancora presente, gli rilasciava, come convenuto, senza *contravindicatio* di buona voglia la cosa, *rem in iure cedebat*. Il *magistratus* dichiarava allora che la cosa apparteneva al revindicante, *rem addicebat*. Del resto noi troviamo, almeno più in là, la *in iure cessio* come una forma molto più generale, sendochè con essa non pur le cose corporee ma anche de'dritti potevano venire ad altri trasferiti.

2) La *mancipatio*, anche detta *venditio solemnis per aes et libram s. imaginaria venditio*. Essa era un mezzo di trasferimento della proprietà di una cosa dal precedente proprietario in uu altro, avente per forma esteriore quella del *nexum*, e per iscopo una certa estragiudi-

---

to il torto dal canto del convenuto, e pria di condannarlo formalmente, di costringerlo per mezzo un *arbitrium* a restituire la cosa (Vedi più su il §. 56). Per contrario, se il giudizio s' introducea *per sponsionem*, l' attore provocava il convenuto per mezzo della *stipulatio : si res, qua de agitur, ex iure Quiritium mea est, sestertios tot nummos dare spondes?* Così il giudizio prendea la forma di un procedimento per *obbligazione*, per un credito risultante da *sponsio*. V. §. 53. Nell' introduzione mercè la *formula petitoria* il convenuto dovea prestare la *cautio iudicatum solvi*, nel processo per *sponsio* la *cautio pro praede litis et vindiciarum*.

ziale pubblicità. Da ciò si manifesta nel modo più semplice tutta quanta la essenza della mancipazione, e sopra tutto il perchè, oltre delle parti interessate, cinque cittadini romani doveano ne' primi tempi essere presenti in qualità di rappresentanti di tutto il popolo e delle cinque sue classi. Innanzi a questi e con l' intervento del *libripens* avea luogo la finta vendita col simbolo del pesamento dell' *aes*, del prezzo pagabile dall' acquirente. Tale atto avea questo in proprio, che a siffatto trasferimento di proprietà poteano aggiugnersi molti patti accessori, condizioni e riserve in forma di un accordo oralmente ed immediatamente avvenuto, *nuncupatio*, *fiducia*, come *lex dicta*, *mancipii s. dationi*. Esse erano d' indole strettamente obbligatoria, come la stessa *mancipatio*. Quanto a'fondi, non era bisogno che fossero *mancipati* su pe'luoghi ov'eran posti — Per contrario, ciò richiedevasi tanto rigorosamente per le cose mobili, che solo se ne doveva in una volta mancipar tante, quante se ne potessero tenere o strignere in una mano.

Del resto, ben si poteva rivestire con la forma della mancipazione non solo il trasferimento della proprietà per qualunque motivo, sia vendita, donazione, etc., ma benanco altri atti di dritto civile. E ciò appunto dava una sì grande importanza alla mancipazione nel dritto romano, considerata come un mezzo generale di commercio.

3) La *traditio*. Il trasferimento per *mancipatio* era propriamente solo permesso per le *mancipi res*. Per le cose, che erano *nec mancipi*, la semplice trasmissione del possesso, *traditio*, fatta dal precedente proprietario ad un altro, quando seguiva sol per iscopo di trasferire la proprietà, e perciò fondata in una *iusta causa*, aveva il medesimo effetto che produceva la solennità della mancipazione nelle *res mancipi*. Se le *nec mancipi res* non poteano essere mancipate, è oggi tuttavia controverso.

4) L'*adiudicatio*. Di essa parleremo più innanzi (§. 95).

5) La *usucapio*. Questa si fondava sul principio generale, che statuiva, potere chi acquistò il possesso di una cosa in un certo modo legale, la *civilis possessio*, senza averne acquistata la proprietà quiritaria, convertire tal suo possesso in proprietà continuando a possedere la cosa durante un certo tempo legalmente determinato, senza interruzione o molestie. Di ciò sarà discorso qui appresso.

6) La *lex*. In questa voce la lingua giuridica romana comprende certi altri casi, ne' quali, in virtù di una legge antica o nuova, l' immediato acquisto della proprietà dipenda da un determinato avvenimento senza che vi sia bisogno di uno speciale atto di volontà da parte dell' acquirente. Si adducono, come esempi, il *caducum*, l' *ereptitium*, il *per vindicationem legatum*: ma questi casi verran meglio esposti e dichiarati in altre parti del nostro sistema.

Singularum rerum dominium nobis adquiritur mancipatione, traditione, usucapione, in iure cessione, adiudicatione, lege. ULPIAN., fr. XIX, §. 2.

In emptionibus dominium legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem iustam adiit, si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo iure civili potuit, aut si

in iure cessit, qui potuit, et id ubi oportuit, aut si usu cepit, aut si praeda sub corona emit, tamve, quum in bonis sectioneve cuius publice venit. Varro, *De re rustic.*, lib. II, c. 10, §. 4.

Et.... mancipatio... imaginaria quaedam venditio, quod et ipsum ius proprium civium romanorum est. Eaque res ita agitur, adhibitis non minus quam quinque testibus, civibus romanis puberibus, et praeterea alio eiusdem conditionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens. Is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio; isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra.* Deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco. Gai., I, §. 119.

Res mobiles non nisi praesentes mancipari possunt, et non plures, quam quae manu capi possunt; immobiles autem etiam plures simul, et quae diversis locis sunt, mancipari possunt. Ulp. fr. XIX, §. 6.

Nexum est, ut ait Gallus Ælius, quodcunque per aes et libram geritur, idque necti dicitur. Quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio. Festus, v. *Nexum*.

Traditio proprie est alienatio rerum nec mancipi. Harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex iusta causa traditae sunt nobis. Ulp. fr. XIX, §. 7.

In iure cessio hoc modo fit. Apud magistratum populi romani, veluti apud praetorem, vel apud praesidem provinciae is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*. Deinde, postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet. Quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverat, eam rem addicit. Gai., I, §. 24.

In iure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus, et hereditas, et tutela legitima, et libertas. Ulp., XIX, §. 11.

Lege nobis adquiritur velut caducum, vel ereptitium ex lege Papia Poppaea. Item legatum ex lege Duodecim Tabularum, sive mancipi res sint, sive nec mancipi. Ulp., *eod.*, §. 17.

§. 90.

Il dritto romano intermedio.

Per ministerio del dritto pretorio si formò di mano in mano, come un grado intermedio, tra il *dominium*, cioè lo *alicuius esse ex iure Quiritium*, e la non proprietà, un altro giuridico rapporto di una persona verso una cosa corporale; il qual rapporto, almeno a cagion della sua più stabile figura, può essere considerato agevolmente come una proprietà pretoria ritraente il *dominium*. Fondavasi, gli è vero, sul *ius gentium*, ma non era in verun modo direttamente od esclusivamente destinata pe' *Peregrini*, bene sì istituita precipuamente per i cittadini romani.

L' idea principale, da cui prese le mosse il Pretore per istabilire tale rapporto, fu questa. Chi giustamente, *iusto titulo et bona fide*, avea ricevuto il possesso giuridico, la *civilis possessio* di una cosa, ma senza di averne acquistato il *dominium ex iure Quiritium*, poteva, mercè la usucapione, convertire il suo giuridico possesso in proprietà *quiritaria*. Ma ei rimaneva del tutto senza una difesa legale tostochè perdeva il possesso della cosa innanzi che si chiudesse il periodo della usucapione; perciocchè a lui non ancor competeva, per ricupe-

rar la sua cosa dalle mani del terzo, la *rei vindicatio*. Il pretore si levò al soccorso di lui per mezzo di una finzione, con la quale l' usucapione una volta incominciata si riputava compiuta, e stabilivasi per tal modo un dritto di proprietà. A questo fine accordò egli al possessore, per sin che non avesse usucapito, non già la *rei vindicatio*, le cui civili condizioni mancavano in tutto e per tutto, ma un'altra azione reale, modellata sulla *rei vindicatio* e sperimentabile contro il terzo possessore della cosa perchè la ricuperasse. Questa azione, almeno più in là, prese il nome di *Publiciana in rem actio*.

E qui ricorre la necessità di esaminare come e perchè colui che acquistava giustamente il possesso di una cosa, avesse eziandio bisogno della usucapione. Questo poteva avvenire ne' seguenti due casi.

1.° Quando alcuno avesse acquistato una cosa in guisa regolare quanto altra mai, non però con le *civiles adquisitiones*, ma sì unicamente con le *naturales*, cioè dire, secondo le forme del *ius gentium*, che dal diritto civile in questo rapporto non erano espressamente confermate. Allora non solo gli si concedeva l'usucapione, ma veniva altresì nel fatto considerato come se a lui effettivamente in proprio si appartenesse la cosa. Se non che quest' essa non gli apparteneva in proprio *ex iure Quiritium*, ma soltanto *ex iure gentium*; e ad esprimere cotesto rapporto di proprietà dicevasi: *res in bonis eius erat*, o *rem in bonis habebat*. Nè sempre apparteneva in proprio a lui solo. Se, in effetti, egli aveva acquistato la cosa mercè una derivata *naturalis adquisitio*, per es. una *mancipi res* mediante la sola *traditio* dal proprietario quiritario, davasi luogo ad una strana ripartizione della proprietà. Poichè l' alienante riteneva, almeno nominalmente, certi elementi e parti sostanziali della precedente sua proprietà quiritaria, le quali non si erano per lui trasferite insieme con le altre, e ritenevale per fino che l' acquirente, compiuta la usucapione, non avesse congiunta alla sua proprietà naturale, alla così detta proprietà bonitaria, anche la piena proprietà quiritaria. Quel che sino a questo punto mancava all' acquirente, e restava presso l' alienante, sebbene senza alcuna materiale utilità, solea dirsi *nudum ius Quiritium*. Pur nondimeno, l' acquirente poteva, ancor pria che si compisse l' usucapione, far valere con tutta efficacia il naturale suo dritto di proprietà contro ognuno che gli avesse tolto il possesso della cosa; al qual fine intentava l'azione concessa dal pretore, cioè la *Publiciana in rem actio:* ed anche contro il proprietario quiritario nominale, dalle cui pretensioni, derivanti dal *nudum ius quiritium*, caso che seguissero, potea ben egli difendersi con la *exceptio*, o *replicatio rei venditae et traditae*. Era questa una *exceptio*, o *replicatio doli*, con cui venivano rimosse quelle istanze come assolutamente immorali e perciò scientemente ingiuste.

2.° Al modo stesso che la mancanza di una *civilis adquisitio* era sovente un ostacolo formale all'acquisto immediato della proprietà quiritaria, poteva ancor esso un difetto materiale, indipendentemente dalla forma, produrre simigliante conseguenza. Il che specialmente se-

guiva allorchè, in un modo di acquisto derivato, quegli da cui la proprietà tramutar doveasi nell'acquirente, non fosse proprietario, e seguentemente neppur capace di trasferire la proprietà in un altro — Pertanto, se l' acquirente fu *in bona fide* per avere ignorato quell' ostacolo, poteva senza difficoltà con prolungare il suo possesso convertire cotal sua *civilis* o *bonae fidei possessio* in proprietà quiritaria, e provvisoriamente sino a tal conversione valersi della *Publiciana in rem actio*. Tuttavolta, pria che fosse compiuta l'usucapione, il suo rapporto con la cosa acquistata non valea neppure *iure naturali et gentium* come una proprietà effettiva, come un *eius esse*, ma solo come un *possesso giuridicamente garentito*. Dal che si vede per qual motivo la *publiciana* azione, sebbene il suo fondamento fosse sempre lo stesso, la finzione cioè di una usucapione già compiuta, dovesse qui avere una estensione più limitata, che non nella proprietà bonitaria — (V. più innanzi §. 103). Specialmente in nessun caso la si potea far valere utilmente contro l'effettivo proprietario della cosa.

Sequitur, ut admoneamus, apud peregrinos quidem unum esse dominium, ita ut dominus quisque sit, aut dominus non intelligatur. Quo iure etiam populus romanus olim utebatur. Aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.

Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero, neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficietur, ex iure Quiritium autem mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias. Semel enim impleta usucapione, proinde pleno iure incipit, et in bonis, et ex iure Quiritium tua esse, ac si ea tibi mancipata, vel in iure cessa esset.

Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, sive mancipi sint eae res, sive nec mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, quum crederemus, eum, qui traderet, dominum esse. Gai., II, § 40, 41, 43.

Datur autem haec actio (Publiciana) ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque, amissa possessione, petit. Nam, quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse, caet. Gai., IV, §. 36.

"Εστιν.... φυσική δεσποτεία, καὶ ἔννομος δεσποτεία. Καὶ ἡ μεν φυσική λέγεται *in bonis*, καὶ ὁ δεσπότης βονιταριος, ἡ δὲ ἔννομος λέγεται *iure Quiritium*, τοῦτ ἔστιν ἐκ τοῦ δικαίου τῶν Κουιριτῶν. Κουρῖται γὰρ οἱ Ρωμαῖοι ἀπο Ρωμυλου, ἐξ οὗ την αρχηγονικην εσχηκασιν. Ὁ δὲ δεσπότες, *iure quiritario*. Εἰ δε τις τας αμφοτερας ἔσχε δεσποτειας, ἐλεγετο *pleno iure dominus*, τοῦτ' ἔστι τελειω δικαιω δεσποτης, ὡς ἔχων αμφοτερας, του ἐννομου, και την φυσικην. Theophilus, ad §. 4, I. 1, 5, *de libertinis*, ed. Reitz.

Est igitur... legitimum dominium et naturale dominium. Ac naturale dicitur *in bonis* et dominus *bonitarius*; legitimum vero dicitur *iure Quiritium*, Id est Romanorum. Quirites enim dicuntur Romani a Romulo, ex quo originem habuerunt; et dominus *iure quiritario*. Sed si quis utrumque habebat dominium, dicebatur *pleno iure dominus*, utpote ambo habens, legitimum et naturale.

§. 91.

Il dritto romano nuovissimo.

Cod. lib. VII, tit. 25, de nudo iure Quiritium tollendo.

Già prima di Giustiniano, per le molteplici vicende de' tempi, le idee di *adquisitiones civiles et naturales* si erano parte confuse, parte almeno aveano perduta la loro primitiva pratica importanza. Il perchè fu certo buon divisamento quello ch'ei prese, di sopprimere cotali distinzioni oramai divenute forme morte, o di toglier loro sin anche il nome. Quindi assimilò pienamente tra loro gli acquisti naturali e civili. Per tal modo non solo scomparve la distinzione di una volta tra le *res mancipi* e *nec mancipi*; ma benanco le due forme di proprietà, la bonitaria e la quiritaria, con tutte quante le conseguenze che ne derivavano, furono riunite per mezzo di una naturalissima fusione de' loro elementi in un solo ed unico dritto di proprietà. Questo è il *dominium* del dritto romano nuovissimo, senza altra aggiunta. La *rei vindicatio* sta per esso.

Quanto all'azione Publiciana, essa rimane oggidì, pel nuovissimo dritto romano, solo a difesa del possesso legale che indicammo di sopra come *bonae fidei possessio*.

Per tal modo la proprietà romana, nel corso del suo storico svolgimento, fu ricondotta alla per fine a stato di unità, d'onde era in prima sortita, con sola una differenza, ed è, che in questo unico rapporto di proprietà si ricongiunse tutto quello che già era stato cagione di farne ammettere uno duplice.

Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes, nullam differentiam patimur inter dominos, apud quos vel *nudum ex iure Quiritium nomen*, vel tantum *in bonis* reperitur: quia nec huiusmodi volumus esse distinctionem, et nec *ex iure Quiritium* nomen, quod nihil ab aenigmate discrepat, nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum est et superfluum nomen, per quod animi iuvenum, qui ad primam legum veniunt audientiam, perterriti, ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt; sed sit plenissimus et legitimus quilibet dominus sive servi, sive aliarum rerum ad se pertinentium. Justinianus, const. un., C. VII, 25, *de nudo iure Quirit. tollendo.*

III.

IL DOMINIUM NEL NUOVISSIMO DRITTO ROMANO IN PARTICOLARE.

A.

ACQUISTO DI QUESTO DOMINIUM.

§. 92.

Prenozioni.

Inst. lib. II tit. 1. de rerum divisione et adquirendo eorum dominio — Dig. lib. XLI, tit. 1 de adquirendo rerum dominio.

L'acquisto della proprietà è *derivato* od *originario*. La è questa una distinzione importante non solo nell'acquisto della proprietà,

ma eziandio in quello di altri dritti. Ma, certo, nel detto acquisto della proprietà la si mostra sovratutto precisa ed evidente. Il primo modo è quando una persona entra immediatamente nel dritto di proprietà che già fu d' altri, dell' *auctor*, da cui, per consegnenza, il suo dritto direttamente deriva. Si può dunque per questa guisa acquistar soltanto quelle cose, che pria di siffatto modo di acquisto derivato si trovavano immediatamente nella proprietà di colui dal quale si ricevono. Inoltre vi è sempre in ciò una perdita di proprietà, cioè per quel proprietario precedente cui si succede. Per contro, un acquisto originario è indipendente dalla preesistente proprietà di un altro. Il perchè è pensabile anche in quelle cose che non sieno mai state di un altro, od almeno non immediatamente pria dell' acquisto, mentre, al contrario, quelle che si hanno in proprietà non sono assolutamente escluse dalla possibilità di un acquisto originario. Ciò prova specialmente la prescrizione (1).

La distinzione già di tanto rilievo innanzi Giustiniano tra le *civiles* e le *naturales adquisitiones*, hanno perduto intieramente ogni pratica importanza pel nuovissimo dritto romano. Per contrario, è rimasta tuttora importante la distinzione su mentovata delle *adquisitiones rerum singularum* e di quelle *per universitatem*.

AA.

LE ADQUISITIONES RERUM SINGULARUM.

§. 93.

La così detta Occupatio.

L'*occupatio* è la più originaria ed altrettanto antica specie di acquisto. Per essa, colui che prende in possesso una cosa attualmente senza padrone, *res nullius*, con l'animo di attribuirsene la proprietà, subito ne divien proprietario con solo questo atto unilaterale di appropriazione — Se la cosa da occupare non abbia avuto mai un padrone, o lo abbia perduto per un dato avvenimento, gli è indifferente. Il distretto, il fondo, su cui l'occupazione fu fatta, non importa nulla secondo il romano dritto di caccia, perocchè ancora chi caccia nel fondo d' altri divien con l'atto di occupazione proprietario della selvaggina. Solo è bisogno, di regola, che il proprietario consenta a siffatto godimento arbitrario del suo predio, attesa la illimitata natura della proprietà, onde, volendo, può impedirlo. Le diverse specie d'occupazione secondo le diverse sorte di cose che non hanno padrone, sono :

1) L'occupazione per mezzo della caccia, con cui chi prende vivo od uccide un animale selvaggio di sua natura e che sia nella sua

(1) V. §. 98.

libertà naturale, a fin di appropriarsene, ne acquista subito la proprietà.

2) Il ritrovamento e l'appropriazione di cose mobili inanimate, e senza padrone. Un caso principale di questa specie d'acquisto è, a dir vero, la scoverta e il prendimento di un tesoro, *thesaurus*, cioè di cose preziose occultate da gran tempo, il cui proprietario non è dato più riconoscere, e che per ciò possono considerarsi come senza padrone. Tuttavia la teorica de' tesori ha variata più volte nel dritto romano, secondo che gli imperatori fecero prevalere l' interesse fiscale, od il vantaggio dello scovritore e del proprietario del fondo. D'altra parte, i principî fondamentali dell'occupazione di cose senza padrone non furono qui mai compitamente applicati; chè il tesoro non è considerato unicamente siccome cosa senza padrone, ma anche nel tempo stesso come un'accessione del fondo.

3) La conquista ed il bottino fatto in guerra conforme il principio che il nemico non ha verun dritto. Le terre conquistate cadeano sempre in poter dello Stato e solo pel rilascio ch' ei ne facea, divenia proprietà de' singoli. Per contrario, le cose mobili, almeno secondo il nuovo dritto romano, là dove peculiari provvedimenti di guerra non faceano un' eccezione, erano di regola dell' individuo che le avea messe a bottino. Benchè i Romani avessero riconosciuto siffatto principio e permessa la sua applicazione anche contro di sè medesimi, pur lo rendettero men duro in pro de' loro cittadini, mediante il *postliminium* ammesso per rispetto a certe cose e che da loro vien attribuito ad un consenso del popolo.

4) Quando alcuno, lavorando una materia altrui, ne ha formato una *species* affatto nuova dandole una forma che pria non aveva, la materia lavorata cessa di esistere come tale, e la nuova *species* non ha peranco un proprietario; essa è *res nullius*. Quindi ricade mercè l'occupazione a colui che lavorando l' ha creata per sè stesso, e per ritenersela — Soltanto ciò suppone che la nuova *species* non possa ridursi nella primiera sua forma.

Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam quae occupando ideo nacti fuerimus, quia antea nullius essent. Gai., II, §. 66.

Ferae igitur bestiae, et volucres, et pisces, id est omnia animalia, quae in terra, mari, coelo nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, iure gentium statim illius esse incipiunt. Quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. Nec interest, feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno.

Item lapilli et gemmae et cetera, quae in litore inveniuntur, iure naturali statim inventoris fiunt. §. 12 et 18, Inst., II, 1, *de rer. divis.*

Thesauros, quos quis in suo loco invenerit, divus Hadrianus, naturalem aequitatem secutus, ei concessit, qui invenerit. Idemque statuit, si quis in sacro, aut in religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium domino soli concessit. §. 39, I., II, 1, *de rer. div.*

Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria,

ut jam dominum non habeat. Sic enim fit eius, qui invenerit, quod non alterius sit. Paulus, fr. 31, §. 1, D. XLI, 1, *de adquir. rer. dom.*

Item ea, quae ex hostibus capimus, iure gentium statim nostra fiunt; adeo quidem, ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur; qui tamen, si evaserint nostram potestatem, et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt. §. 17, I., I, 2, *de rer. divis.*

Postliminium est ius amissae rei recipiendae ab extraneo et in statum pristinum restituendae, inter nos ac liberos populos regesque moribus, legibus constitutum. Nam quod bello amisimus, aut etiam citra bellum, hoc si rursus recipiamus, dicimur postliminio recipere. Paulus, fr. pr., D. XLIX, 15, *de captivis et postliminio.*

Quum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant, hunc dominum esse, qui fecerit, *quia, quod factum est, antea nullius fuerat*. Gai., fr. 7, §. 7, D., XLI, 1, *de adq. rer. dom.*

Quum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum ex naturali ratione dominus sit, utrum is, qui fecerit, an potius ille, qui materiae dominus fuerit. Ut ecce, si quis ex alienis uvis, aut ulivis, aut spicis vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit.... Et post multam Sabinianorum et Proculianorum ambiguitatem placuit media sententia existimantium, si ea species ad priorem et rudem materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit; si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit. Ut ecce, vas conflatum potest ad rudem materiam aeris, vel argenti, vel auri reduci, vinum autem, vel oleum, aut frumentum ad uvas, vel olivas, vel spicas reverti non potest. Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua lana et aliena vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, cum non solum operam suam dederit, sed et partem materiae praestiterit. §. 25, I., II, 1, *de rerum divisione.*

§. 94.

Traditio.

La *traditio* è il più naturale ed importante de'modi derivati d'acquisto, ed in essa direttamente si fonda tutto il vivente commercio della proprietà. E per fermo, giusta la essenza della proprietà, il proprietario non pure ha il dritto di rinunciare alla sua proprietà solo abbandonando la cosa, ma ancora può di propria volontà trasferirla ad un altro che l'accetti, rilasciandogli il possesso di quella sua cosa. Adunque, per conseguire simile scopo, è mestieri, innanzi tutto, che l'alienante, l'*auctor*, sia proprietario ed abbia la libera disposizione della cosa, od almeno facoltà, per altre ragioni, di alienarla sebbene appartenga ad altrui. Ei debbe avere altresì l'intenzione di trasferire la proprietà in un altro, e questi, cui la si dà, il volere di acquistarla. Con ciò si connette il principio del dritto romano, dovere cioè la *traditio* avere per fondamento una *iusta causa*. Il che importa che debba preesistere una circostanza esteriore, la quale dichiari e giustifichi, quanto fa d'uopo, cotale intenzione di entrambe le parti. Da ultimo, in conformità di questa *iusta causa*, che appunto per ciò deve precedere la *traditio*, onde vien detta eziandio *causa prae-*

cedens, è mestieri che il possesso della cosa sia trasferito all'acquirente, o, nel caso ch'ei già l'abbia, glielo si dia col fine di renderlo proprietario. Ad ogni modo, non più si richiesero speciali formalità in trasferire il possesso della cosa, tostochè fu cessata la differenza tra le *mancipi* e le *nec mancipi res*. Per contrario, è forse da considerare come un avvanzo dell'antica forma della *mancipatio*, della *venditio solemnis*, la legale disposizione, per cui là dove la *iusta causa* si fonda in un conchiuso contratto di compra-vendita, la proprietà passa al compratore mediante la seguita tradizione sol quando abbia pagato realmente il prezzo, od il venditore abbia voluto restargliene creditore.

Per traditionem quoque, iure naturali, res nobis adquiruntur. Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. Et ideo, cuiuscunque generis sit corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienatur. §. 40, I., II, 1, *de rer. div.*

Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem, an, voluntate eius, alius. §. 42, Inst., eod.

Accidit aliquando, ut, qui dominus sit, alienare non possit, et contra, qui dominus non sit, alienandae rei potestatem habeat. Nam dotale praedium maritus, invita muliere, per legem Iuliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, dotis causa ei datum... Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit, alienare potest. Pr. et §. 1, Inst. II, 8, *Quib. alienari licet.*

Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert. Ulpian., fr. 20, pr., D., XLI, 2, *de adq. rer. dom.*

Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio, aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. Paulus, fr. 31, pr., D., eod.

Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. Diocletianus, c. 20, C., II, 3, *de pactis.*

§. 95.

Adiudicatio.

Ne' giudizî che riguardano la proprietà spesso occorre che il giudice sentenziando dichiari che qualcuno s'abbia la proprietà in vigore di alcuna ragione giuridica. Ma cotal sua pronunziazione non crea una nuova proprietà indipendente quando proprietà non v'era prima di essa. Conciosiachè, sebbene il contenuto di una sentenza avente virtù di cosa giudicata si tenga come un vero, tuttavia ciò vale solo per rispetto a coloro che furono parti nella lite. Nè per altra ragione possono in un giudizio ingenerarsi fra le stesse parti novelle obbligazioni se non perchè queste devono produrre i loro effetti unicamente fra le due persone che vi sono direttamente interessate, il creditore ed il debitore. Ma non si può dar vita ad un nuovo dritto di proprietà, nè ad altri diritti generalmente obbligatorî se-

condo la loro estensione, poichè quegli, cui giudiziariamente si accordassero, non potrebbe trarne profitto, invocar tal sentenza validamente contro di un terzo, perchè questi riconoscesse i suoi diritti. Tuttavia il dritto ad una cosa, fondato per mezzo di una *res iudicata*, può naturalmente essere il fondamento di una *iusta causa*, di un *iustus titulus*, ed allora è possibile che si dia luogo ad una proprietà secondo i principî della tradizione, od almeno dell' usucapione.

Nulladimeno vi è un caso, in cui la semplice giudiziaria sentenza tien le veci della *traditio*, e fonda per sè sola col nome di *adiudicatio* una nuova proprietà. Quando, cioè, ad istanza de' comproprietarî ed in virtù di un giudizio di divisione, *iudicium divisorium*, legalmente si divide la comproprietà, e torna meglio in acconcio di attribuire ad un solo (indennizzando come che sia gli altri cointeressati) tutta intera la cosa fino a questo punto comune, per mezzo di una sentenza legalmente pronunziata ; il che fatto, da questa *res iudicata* nasce propriamente per gli altri interessati una *obligatio* per la consegna della sua parte a favore di quell' uno. Pure in tal caso non occorre si faccia questa *traditio ;* cotal effetto già segue con la *res iudicata*, poichè per essa quel che sino allora fu comune diviene subito proprietà di un solo. Quindi questa *adiudicatio* si annoda naturalissimamente alla *traditio*, ed ha, come essa, la natura di un modo d' acquisto derivato.

Quod autem istis iudiciis (divisoriis) alicui adiudicatum sit, id statim eius fit, cui adiudicatum est. §. 7, I., IV, 17, *de officio iud.*

§. 96.

Acquisto delle accessioni ed altri simili modi di acquistare.

Tutto ciò che per organica virtù di una cosa altrui viene immediatamente prodotto, non comparisce che come un allargamento naturale, uno svolgimento o frutto della cosa stessa ; onde nella qualità di semplice *accessio*, cioè dire come un incremento, ricade di per sè al proprietario.

Pertanto il dritto romano ha dato a questo principio dell' accessione naturale, per mezzo di parecchie positive prescrizioni, una estensione di non poco rilievo. Poichè ancor certe cose, le quali non furono come frutti prodotte per l' organica virtù della cosa nostra, ma unite ad essa con un certo vincolo permanente, sia per caso o per volontà, sia per accidenti naturali o per umana attività, diventano nostre al momento di tale unione come *accessio* della nostra cosa, perchè questa per un motivo quale che sia rappresenta la parte principale e non si tramuta in cosa secondaria. A quest' ultima specie di accessione si riferiscono nominatamente i casi seguenti.

1.° La dilatazione e l' incremento, il crescere, per così dire, del predio nostro per l' *alluvio*, per la *vis fluminis*, per l' *insula in flu-*

mine publico nata, e finalmente pel così detto *alveus derelictus*. Nondimeno tutte queste accessioni prodotte dall' acqua presuppongono che i nostri terreni come *agri arcifinii* abbiano solamente i loro confini naturali per mezzo di un *flumen publicum*, senza che ad essi, come *agri limitati*, siano stati posti de' confini artificiali e geometricamente misurati per opra dello Stato.

2.° Tutto ciò che per costruzione, seminatura e piantagione viene in certo modo permanente congiunto al nostro terreno, dà incremento, come accessione, alla nostra proprietà.

3.° V' ha de' casi, ne' quali la cosa mobile di uno si unisce talmente a quella di un altro che, in virtù di questa unione, entrambe le cose compariscono come parti integranti dello stesso tutto, in cui l' una di esse, rimasta come semplice *accessio*, interamente sparisce. Allora quegli, nella cui cosa è in detto modo sparita l' altrui, a cagion che la prima si manifesta come la parte principale del tutto che si è formato, colla sua proprietà precedente acquista ancor quella dell'aliena cosa che vi si congiunse. Il che può seguire così nelle solide, come nelle liquide cose; e per decidere qual delle due debba dirsi principale, quale considerarsi unicamente come *accessio*, cioè come assorbita dall'altra, uopo è si guardi parte alla naturale destinazione delle cose, secondo che l' essenza del tutto riunito si manifesti in una di esse, parte al modo e intimità della loro congiunzione, potendo essere ancora possibile una separazione delle materie; parte, in fine, vuolsi por mente alle disposizioni del dritto positivo. Gli stessi giuristi romani andavano in diverse ed opposte sentenze su parecchi singoli casi d' acquisto di questa specie.

Del resto, da questi casi sono affatto diversi quegli altri, ne'quali la riunione di cose spettanti a più proprietari siasi fatta d'accordo. Chè, allora quel che si muta nel precedente rapporto di proprietà, è solo una consegnenza della convenzione e della tradizione che vi si riferisce.

Item ea, quae ex animalibus dominio tuo subiectis nata sunt, eodem iure tibi adquiruntur.

Praeterea quod per alluvionem agro tuo flumen adiecit, iure gentium tibi adquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligere non possis, quantum quoquo momento temporis adjiciatur. Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit, et vicini praedio appulerit, palam est, eam tuam permanere. Plane si longiore tempore fundo vicini haeserit, arboresque, quas secum traxerit in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitae esse.

Insula, quae in mari nata est, quod raro accidit, occupantis fit; nullius enim esse creditur. At in flumine nata, quod frequenter accidit, siquidem mediam partem fluminis teneat, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque fundi, quae latitudo prope ripam sit. Quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident.

Quodsi, naturali alveo in universum derelicto, alia parte fluere coeperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam eius praedia possident, pro mo-

do scilicet latitudinis cuiusque agri, quae latitudo prope ripam sit. §. 18-23, Inst., II, 1, *de rer. divis.*

In agris limitatis ius alluvionis locum non habere constat. FLORENTINUS, fr. 16, D., XLI, 1, *de adq. rer. dom.*

Quum in suo solo aliquis ex aliena materia aedificaverit, ipse dominus esse intelligitur aedificii, quia omne, quod inaedificatur, solo cedit.

Si Titius alienam plantam in suo solo posuerit, ipsius erit; et ex diverso, si Titius suam plantam in Maevii solo posuerit, Maevii planta erit, si modo utroque casu radices egerit.

Literae quoque, licet aureae sint, perinde chartis, membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea, quae inaedificantur, aut inseruntur.

Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant, tabulam pictura cedere, aliis videtur pictura, qualiscunque sit, tabulae cedere. Sed nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere. Ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. §. 29, 31, 33 et 34, Inst., II, 1, *de rer. divis.*

§. 97.

Acquisto de' frutti dell' altrui cosa.

Giusta il principio già svolto nel §. precedente, non altri che il proprietario della cosa, conforme la regola e la natura del suo dritto, è autorizzato a far suoi i frutti da essa prodotti. Egli li acquista in virtù della sua proprietà, *iure accessionis;* quindi per mezzo del loro nascere e crescere, senza che rispetto a'frutti ci bisogni un fatto esterno che fisicamente li distacchi dalla cosa che li produce, *fructuum separatio*, o, da parte del proprietario, un atto di apprensione de' frutti separati, *fructuum perceptio.* Propriamente la seguita separazione de' frutti non cangia in altro cotal rapporto che in questo, che il proprietario acquista que' frutti dal tempo della loro separazione, come cose esistenti indipendentemente per sè, e non semplicemente ad un tempo stesso con la cosa e nella cosa che li produce. Questa è la regola. Soltanto può per eccezione accadere che alcuno possa per ragioni speciali appropriarsi i frutti dell' altrui cosa.

Il caso più semplice di quest' ultima specie è quello in cui colgansi i frutti da qualcuno col consenso del proprietario della cosa. Questo è il caso dell' usufruttuario, del conduttore, dell' enfiteuta, del creditore anticretico. Ognun d'essi acquista nel fatto la proprietà dei frutti, ma non mai per la loro produzione, ma sempre per la loro separazione, cioè, subito che siano distaccati dalla cosa principale diventando a tal modo cosa indipendente. Perocchè la circostanza che un altro abbia facoltà di cogliere i frutti dell'altrui cosa e di appropriarseli non ha per sè stessa alcuna influenza novatrice sulla proprietà della cosa fruttifera, e perciò non toglie nè manco la proprietà de'suoi frutti sino a che questi, fisicamente ad essa congiunti, formino un sol tutto. Se intanto il terzo, ch'è autorizzato a far suoi i frutti dell'altrui cosa, già si trova, per la natura del dritto che gli compete, nel possesso giuridico di essa, secondo il modo di vedere delle leggi romane,

acqnista la proprietà de'frutti per mezzo di ogni fatto di separazione. Avendo egli il possesso giuridico della cosa ha pur quello de' frutti a un tempo stesso, e non ha bisogno di percepirli. Ma quando il dritto romano gli dà un semplice possesso naturale sull' altrui cosa, allora ei deve con un atto particolare d' apprensione del possesso, con la *perceptio*, manifestare il volere che ha di appropriarsi i frutti. Poichè sol per tal modo consegue egli il possesso giuridico de' frntti separati, e che è necessario perchè ne acquisti la proprietà (1).

Chi, ad arbitrio, senza il consenso del proprietario, e solo come *malae fidei possessor* raccoglie i frutti della cosa d'altri, naturalmente non acquista verun dritto su di essi. Anzi deve egli assolutamente restituirli al proprietario della cosa tosto che ne faccia istanza, o, qnando gli abbia consumati, pagarne il valore (2). Se, per contrario, li tolse come *bonae fidei possessor*, gli acquista, almeno in questo senso che può assolutamente *consumarli*, e perciò non è tenuto di restituire al proprietario, che rivendica la cosa principale, que' che avesse consumati in buona fede. E naturalmente mercè la usucapione ei potrebbe, anche quando non gli avesse usati, divenirne proprietario assoluto. Oltre ciò, al proprietario, che rivendichi la sua cosa, ei deve con essa restituire benanco i frutti che esistessero *in natura* presso di lui.

Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet iusta causa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit fructus, quos percepit, eius esse pro cultura et cura; et ideo, si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest. Ei vero, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est; itaque cum fundo etiam fructus, licet consumti sint, cogitur restituere.

Is vero ad quem ususfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit. Eadem fere et de colono dicuntur. §. 35, 36, I., II, 1, *de rer. div.*

---

(1) Non si creda che l' autore abbia posto a una medesima stregua l'usufruttuario. il conduttore, l' enfiteuta ed il creditore anticretico. Per ciascun d' essi è necessaria la *separatio*, ma non tutti hanno bisogno della *perceptio* come *modus adquirendi dominii.*

L' usnfruttuario, il creditore anticretico, il conduttore han d' uopo non solo della *separatio*, ma anche della *perceptio*. L. 12, §. 5, D. VII, 1; L. 25, §. 1, D. XXII. 1; §. 36, in fine, Inst. II, 1; lo stesso è a dire di colui che possiede una *res frugifera* per mezzo di un *precarium*. L. 8, §. 4, in fine, D. XLIII, 26.

Non così l'enfiteuta ed il possessore di buona fede; entrambi acquistano la proprietà de' frutti *quoquo modo a solo separati fuerint*. Leg. 25, §. 1, D. XXII, 1. Il Trad.

(2) Il possessore di mala fede dovea restituire non solo i *fructus percepti*, ma eziandio i *percipiendi*, cioè quelli che il *petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset*. L. 62, §. 1, D. *de rei vindic.* VI, 1. — Il Trad.

§. 98.

Della Prescrizione.

GAI. *Comm. lib.* II, §. 42 *seqq.* — *Inst. lib.* II, *tit.* 6, *de usucapionibus et longi temporis praescriptionibus* — *Dig. XLI, tit.* 3, *de usurpationibus et usucapionibus* — *Cod. lib. VII, tit.* 33, *de praescriptione longi temporis, decem vel viginti annorum.*

Gli è molto facile a intervenire che qualcuno entri nel giuridico possesso di una cosa in modo al tutto legale e con l'opinione di avervi già acquistata la proprietà senza che realmente sia divenuto proprietario. Certo, ciò dovea bene spesso accadere per la proprietà quiritaria, ad acquistar la quale era mestieri si osservassero molteplici e rigorose forme di dritto civile. Quindi l'imperioso bisogno di un provvedimento mercè cui, almeno dopo il corso di un tempo determinato, bastevole perchè chi avesse un miglior dritto fosse in istato di farlo valere anche contro il possessore, il possesso legalmente acquistato, pacifico e continuato per tutto quel tempo, si convertisse in istabile proprietà e si desse un termine a quella malsicura condizione di cose.

Tale *prescrizione* della *proprietà* noi la troviamo eziandio nell'antichissimo dritto romano sotto il nome di *usus*, *usus auctoritas*, *ususcapio*, *usucapio*. Ed invero, chi avea ricevuto il possesso legale di un fondo italico sotto certe condizioni, sol che l'avesse posseduto pacificamente e senza interruzione per un biennio, o per un anno trattandosi di cosa mobile, di quel fondo o di questa cosa mobile diveniva proprietario *ex iure quiritium* a cagion di siffatto prolungato possesso, ancor quando si fosse sino a quest'ora contrapposto alcun impedimento al suo acquisto di proprietà. Solo, per vero, cotale acquisto di proprietà per mezzo dell'*usus* era sottoposto a molte limitazioni. Le quali consistevano primamente in ciò, che l'usucapione, per cagione della sua indole rigorosamente civile, era impossibile pei peregrini giusta il principio : *adversus hostem aeterna auctoritas;* secondamente in ciò, che certe cose erano ad essa interamente sottratte. Il che si osservava per rispetto a'fondi provinciali, come quelli che non ammettevano proprietà quiritaria. Per contrario, l'*usus* si estese assaissimo, in quanto che per tempo lo si applicò all'acquisto di certi altri dritti che non sono da confondere con quelli di proprietà. Valga, per es. la *manus mariti* (1).

Coteste limitazioni dell'*usucapio*, e sovratutto il bisogno di assicurare il giuridico possesso de' fondi provinciali, addussero a poco a poco una novella istituzione, o vogliam dire, una prescrizione fondata sul dritto pretorio, e che fu detta *longi temporis possessio seu praescriptio*. Quindi colui che avesse acquistato il possesso di simili

(1) V. più sotto il §. 159.

fondi provinciali, *iusto titulo et bona fide*, e tenutili pacificamente e per lungo tempo, *per longum tempus*, (il quale fu fissato più in là a 10 anni *inter praesentes*, ed a 20 *inter absentes*), venne dapprima protètto con una valida eccezione, *longi temporis exceptio s. praescriptio*, mercè la quale era in grado di respingere ogni pretensione quale che potesse essere intorno a questa cosa. In processo di tempo gli si diede altresì una *in rem actio*, e questa prescrizione si estese benanco per molteplici guise.

La fusione della così detta proprietà quiritaria con la bonitaria, il pieno sconcio di una distinzione tra fondi italici e provinciali, oltre a molte altre condizioni del tempo tolsero una gran parte della primitiva importanza alla distinzione di quelle due specie di prescrizione, l' una, cioè antica, la civile *usucapio*, l' altra nuova, la pretoria *longi temporis praescriptio*. Tutto ciò fu cagione che Giustiniano riunisse siffatte due specie di prescrizione in un solo istituto compartecipante de' due altri, ma non senza molti nuovi principî, massime per ciò che concerne i varî termini assegnati pel compimento delle diverse prescrizioni.

Così nacque quella prescrizione della proprietà secondo il nuovissimo dritto romano, la quale, nelle sorgenti giuridiche giustinianee, ora ci si appresenta col nome di *usucapio*, ora, e bene spesso, sotto l' altro di *longi temporis praescriptio*. Essa presuppone come obbietto una cosa corporale, che non solo esser debba *in commercio*, ma neppure sottratta per altre ragioni e da speciali leggi a cotesta prescrizione. Un esempio di siffatto legale sottraimento ce l' offrono le *res furtivae* giusta le XII tavole e la *lex Atinia* con le molte modificazioni che vi recò ; egualmente le *res vi possessae* secondo la *lex Iulia et Plautia*. Colui che voglia prescrivere deve avere acquistato la *civilis possessio* della cosa. Quindi è d' uopo ch' ei l' abbia acquistata *bona fide*, cioè dire, non solo coll' animo di attribuirsene la proprietà, ma anche con la secura coscienza di poterla acquistare non essendo chi abbia un dritto migliore del suo. Inoltre, ei deve averla acquistata *iusto titulo* ; cioè dire, la sua *bona fides* deve appoggiarsi sulla reale esistenza di un fatto giuridico che, in generale, sia proprio per sè a stabilire il *dominium*, e che soltanto in alcun caso concreto non possa trasferire la proprietà per cagione di un peculiare impedimento sconosciuto effettivamente all' acquirente dal bel principio del suo possesso. Conciossiachè indubitatamente la propria importanza dell' *usucapio* non è già di procacciare all' usucapiente, a spese del legittimo proprietario, un guadagno che non gli compete, ma solo di compiere il legittimo acquisto della cosa. Pure ciò soffriva per antico una eccezione in certi casi, ne' quali la prescrizione non abbisognava di un *titulus*, nè della *bona fides*, epperò come *improba* o *lucrativa usucapio* era dinotata (1). Da ultimo, uopo è che il possesso così incominciato sia stato continuo, senza interruzione,

(1) V. più innanzi il §. 237.

usurpatio, o senza altra turbativa per lo tempo legalmente prescritto appo lo stesso acquirente, o per mezzo di una *accessio possessionis* presso il suo legittimo successore, cioè per tre anni trattandosi di cose mobili ; e quanto a' fondi, sieno posti ove si voglia, per soli 10 anni *inter praesentes*, e 20 anni *inter absentes*.

Del resto, non essendo difficile a seguire che qualcuno, comecchè abbia acquistato *bona fide* il possesso legittimo di una cosa, pure non possa acquistarne la proprietà mediante la *longi temporis praescriptio*, sendochè manca una delle condizioni necessarie perchè sortisca tale effetto, Giustiniano si avvisò con una posteriore costituzione d' introdurre pe' casi straordinari una nuova prescrizione, la quale si addimanda *longissimi temporis praescriptio*. Questa prescrizione straordinaria si fonda sul principio rimasto già da gran tempo nel dritto romano, che l' azione del proprietario prescrivesi regolarmente in trenta anni, e per eccezione anche in quaranta. Essa comparisce non altrimenti che come un' applicazione di quel principio voluta fare da Giustiniano per certi casi, ne'quali quella estintiva prescrizion dell'azione deve avere di più la forma e l'efficacia di una vera prescrizione della proprietà. Imperocchè chi conserva pacificamente per tutto questo spazio di trenta o di quaranta anni (*longissimum tempus*) il giuridico possesso della cosa che acquistò *bona fide*, non solo consegue una eccezione contro ogni futura pretensione del precedente proprietario, ma diviene egli stesso proprietario di essa cosa. La quale prescrizione è ordinata a servire di complemento là, dove non possa provarsi il *iustus titulus*, o la cosa, senza essere assolutamente imprescrittibile, non sia soggetta all'ordinaria e regolare prescrizione. La più lunga durata del possesso, il *longissimum tempus*, ove, del resto non ha luogo veruna distinzione tra cose mobili ed immobili, deve supplire alla mancanza di que' due requisiti.

Da tutta questa esposizione risulta che la prescrizione della proprietà, secondo la sua essenza, ha il carattere di un modo di acquisto originario. Ciò appunto le dà praticamente un'alta importanza, in quanto che sovente essa compie un modo derivato di acquisto. Figurisi, ad esempio, il caso in cui l'acquirente non possa allegare la prova spesso difficile di essere la proprietà appartenuta a colui dal quale se l'ebbe. Invocando la prescrizione ei si libera dal dovere di fare tal prova.

Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. Modestinus, fr. 3, D., XLI, 3, *de usurp. et usucap.*

Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarumdam rerum diu et fere semper incerta dominia essent : quum sufficeret dominis, ad inquirendas res suas, statuti temporis spatium. Gai., fr. 1, D., eod.

Iure civili constitutum fuerat, ut, qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, quum crediderit, eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione, aliave qua iusta causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, biennio tantum in italico solo, usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent. Et quum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora, nobis melior sententia resedit, ne domini maturius

suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem (id est inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur, et his modis non solum in Italia, sed in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, dominia rerum iusta causa possessionis praecedente, adquirantur.

Sed aliquando, etiamsi maxime quis bona fide rem possederit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit, veluti, si quis liberum hominem, vel rem sacram, vel religiosam, vel servum fugitivum possideat.

Furtivae quoque res, et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt. Nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibent usucapionem, vi possessarum lex Iulia et Plautia. Pr., §. 1 et 2, I., II, 6, *de usuc.*

Usucapio non praecedente vero titulo procedere non potest, nec prodesse neque tenenti, neque heredi eius potest. Diocletianus, c. 4, C., VII, 29, *de usucap. pro hered.*

Bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit, eam rem alienam esse, aut putavit, eum, qui vendidit, ius vendendi habere procuratorem, aut tutorem esse. Modestinus, fr. 109, D., L., 16, *de verb. sign.*

Usurpatio est usucapionis interruptio. Paulus, fr. 3, D., XLI, 3, *de usurp. et usucap.*

Naturaliter interrumpitur possessio, quum quis de possessione vi deiicitur, vel alicui res eripitur, quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes. Gai., fr. 5, D., eod.

Quod si quis eam rem desierit possidere, cuius dominus, vel is, qui suppositam eam habebat, exceptione triginta vel quadraginta annorum expulsus est, praedictum auxilium (actionem ad vindicandam rem) non indiscrete, sed cum moderata divisione ei praestari censemus: ut, siquidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti praesidio ; sin vero mala fide eam adeptus est, indigna eo videatur. Iustinianus, c. 8, C., VII, 39, *de praescript. triginta vel quadrag. ann.*

§. 99.

Altri modi di acquisto.

Oltre a'modi di acquisto discorsi sinora altri pur v'erano ordinati ad avere la proprietà di cose particolari, *adquisitiones rerum singularum*, per esempio, l'acquisto per mezzo di un legato, in virtù di una formale disposizione di legge ec. Ma di questi, che in gran parte appartengono a quelli che i Romani comprendono sotto la tecnica espressione: *lege adquirere* (1) sarà discorso più debitamente in altre parti del sistema cui direttamente si annodano.

B. B.

LE ADQUISITIONES PER UNIVERSITATEM.

§. 100.

Fin qui abbiam discorso i modi onde si acquista la proprietà delle singole cose corporali: ma non basta; perciocchè un patrimonio

(1) V. sopra § 89.

tutto intero e che già appartenne ad altri, una *universitas* (*rerum*) in questo senso della parola, può formare eziandio l'obbietto immediato dell'acquisto.

La caratteristica di tale *per universitatem adquisitio* consiste in ciò, che per mezzo di essa non solo si acquista la proprietà delle singole cose corporee appartenenti all'*universitas*, proprietà che già fu di chi ebbe il patrimonio, ma anche come successore si subentra nel tempo stesso in tutti gli altri suoi rapporti di patrimonio, come parti integranti dell' *universitas*, specialmente nelle sue obbligazioni, per quanto siffatti rapporti, attesa la loro indole al tutto speciale, non formino un'eccezione (1). Ma per ciò appunto con tutt'i dritti e segnatamente co'crediti che vi sono, vien l'acquirente in un medesimo a soggiacere a' debiti ed alle obbligazioni che gravitano sul patrimonio. Esse giuridicamente fanno parte de' *bona* che compongono la *universitas*.

Del resto, ogni caso di acquisto universo presuppone due condizioni. Ed in prima, che alcuno, il quale ha già finora avuto indipendentemente e per sè un patrimonio, *bona*, sia divenuto per un dato avvenimento *giuridicamente* incapace di tenere più a lungo questo suo patrimonio; ond'è forza che lo si lasci per lui. Secondamente è mestieri di un' altra circostanza, di una ragion giuridica riconosciuta dalle leggi, per cui un'altra persona sia chiamata ad entrare in quel vacante patrimonio in luogo di chi prima il possedeva, con assumere la qualità di suo giuridico successore, *per universitatem successor* — I casi principali di questo modo d' acquisto sono i seguenti :

1) Quando un uomo già libero soffriva la *maxima capitis deminutio*, e perciò come *servus* diveniva del tutto incapace di ogni dritto, e designatamente di dritti patrimoniali indipendenti, dovea vedere il suo patrimonio andar devoluto a colui, che come suo padrone acquistava la *dominica potestas*. Questi poteva essere lo Stato stesso, ma secondo le circostanze, eziandio un privato. Se la perdita della libertà era conseguenza di una pena capitale già incorsa per qualche reato, il patrimonio del condannato ricadea mercè la confisca a favore dello Stato.

2) La *media capitis deminutio* non produceva assolutamente per chi n' era colpito la giuridica incapacità di rimanere ne' propri beni; sendochè solo que' dritti di patrimonio che si fondavano sul *ius civile* e non sul *ius gentium* erano perduti da lui — Nondimeno, eccettuavasi il caso, in cui la *media capitis deminutio* fosse causata per condanna ad una pena capitale ; giacchè allora si confiscava tutto il patrimonio del reo, e ne seguia quel che abbiam cennato di sopra.

3) Essendo, giusta il rigore dell'antico dritto romano, ogni citta-

---

(1) L' autore vuol, senza dubbio, alludere a' dritti essenzialmente *personali*, che vivono e si estinguono con la persona. L. 68, D. *de div. reg. iuris* (L. 17). PAULUS, *Sent.* III, 6, 32. GAIUS, II, 30, Inst. §. 8 (II, 41). — *Il Trad.*

dino di Roma, che si trovava nel *ius*, nella *potestas* o nella *manus* di un altro, a malgrado del suo *status libertatis et civitatis*, incapace assolutamente di un proprio patrimonio, la *minima capitis deminutio* poteva ancor essa produrre una *adquisitio per universitatem*. E per vero, qnando alcuno, che già come *homo sui iuris* era stato addirittura capace di avere un patrimonio, diveniva *alieni iuris*, per es. lasciandosi arrogare, o come moglie soggiaceva alla *manus mariti*, tutto il suo patrimonio devolveasi a chi acquistava il *ius* sovra di lui. Il vedere come questo principio si rese men duro in processo di tempo, e come in parte cessò, sarà obbietto che toccheremo nella dottrina del matrimonio e della patria potestà.

4) Qui pur bisogna mentovare la *bonorum venditio* che si faceva dal *magister bonorum* a cagion del concorso de' creditori; ma di ciò sporremo meglio i particolari là dove farem parola del dritto delle obbligazioni.

5) In ultimo, quel che più spesso e più naturalmente fa perdere la capacità giuridica ad nna persona, e che adduce la possibilità ed anche la necessità di un' *adquisitio per universitatem*, è la morte. La quale dà luogo a tutta una serie di *adquisitiones per universitatem* le quali, a voler segnire un buon metodo di classificazione, devono sotto il titolo comune di *dritto di successione ereditaria* essere allogate nell' ultima parte del sistema.

Hactenus tantisper admonuisse sufficit, quemadmodum singulae res adquiruntur... Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res vobis adquiruntur. §. 6, I., II, 9, *Per quas pers. nobis adquir.*

B.

PERDITA E FINE DELLA PROPRIETA'.

§. 101.

La proprietà di una persona pnò estinguersi in più modi.

Ed in prima, per avvenimenti che adoprino direttamente sul suo *obbietto*, la cosa, sia che la distruggano fisicamente, sia che le facciano perdere giuridicamente la qualità di esser capace di proprietà, ponendola *extra commercium*.

Secondamente, per avvenimenti che incolgano in diretta maniera la *persona* del proprietario, ond'ei perde la capacità di rimaner tale. A questa perdita segue d' ordinario l'*adquisitio per universitatem*.

In fine, per avvenimenti che oprino direttamente sul medesimo dritto. Fra questi casi è da por quello in cui il proprietario abbandoni la sua cosa, e la renda per tal modo *res nullius* si fattamente che si spogli del suo possesso mercè un atto esteriore e con la ferma volontà di privarsi nel tempo stesso della sua precedente proprietà e senza che ci sia prova di essersi avuta intenzione di trasferirla ad altrui. Un altro caso si è qnello, in cui secondo i comuni principî di

dritto alcuno acquisti la proprietà di una cosa, consenta o no il suo precedente proprietario. Perocchè ogni nuovo acquisto della proprietà di una cosa che pria fu d' altri, si trae seco ad un tempo una perdita di proprietà pel proprietario precedente. La ragione si è, che una cosa può bene spettare *successivamente* a più persone, *contemporaneamente* ancora a più d' uno, ciascuno per una parte determinata, ma non mai pertenere in un medesimo a molti nella sua totalità ed indivisa. Sino a quando alcuno possiede come proprietario tutta la cosa, e però vi esercita i dritti di proprietà, nessun altro può avervi questa stessa proprietà e godere in *solidum* (1).

C.

DELLA GARENTIA DELLA PROPRIETA' PER MEZZO DELLE AZIONI.

§. 102.

La rei vindicatio e la negatoria actio.

Dig. lib. VI, tit. 1, de rei vindicatione — Cod. lib. III, tit. 32, de rei vindicatione — Dig. lib. VIII, tit. 5, si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur — Dig. lib. XXI, tit. 3, de exceptione rei venditae et traditae.

La proprietà, come dritto reale, può essere turbata da terze persone in due modi differenti. A ciò si riferiscono le due *in rem actiones*, ordinate alla garentia di essa, e che scambievolmente si completano, cioè dire, la *rei vindicatio*, e la *negatoria actio*.

Della rei vindicatio *in particolare.*

Si può primamente imaginare una turbativa per mezzo di tali atti, che rendano del tutto impossibile al proprietario l'ulteriore esercizio del suo dritto ; il che avviene quando ingiustamente si ritenga il possesso della sua cosa. A slontanare siffatta turbativa egli ha la *rei vindicatio* sperimentabile contro colui dal quale essa appunto deriva, e in conseguenza contra ogni terzo che ritenga ingiustamente il possesso della cosa, cioè dire, contro ogni terzo possessore di essa, sia *bonae*, o *malae fidei possessor*. Se non che quest'ultimo, come convenuto, vien qui per ragioni assai facili ad intendere considerato con più rigore, che non il primo.

La *rei vindicatio* secondo il principale suo scopo, è diretta al riconoscimento del dritto di proprietà, e però alla gratuita restituzione

---

(1) A ciò si riferisce la leg. 5, §. 15, Dig. *Commodati vel contra*, XIII, 6, *Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere.* Lo stesso è per la *compossessio*, la quale è possibile sol quando la cosa sia da molti posseduta *pro partibus intellectualibus* o *pro vario effectu*. Vedi la leg. 3, §. 5, Dig. *de adquir. vel am. posses.*, XLI, 2.
Il Trad.

del possesso, alla consegna della cosa ritenuta e per quanto s' appartiene all' attore. Qnesti richiede nel tempo stesso il ristoro di tutto il danno causatogli dal reo che gli tolse ingiustamente il possesso della cosa or vindicata. *Omnis causa.*

Perchè l' attore venga a capo del suo intento, sperimentando la *rei vindicatio*, deve provare tutto ciò che è necessario a giustificare e far riconoscere per sussistente la sua azione. Deve, la prima cosa, dimostrare che il dritto di proprietà è suo; il che si prova allegando un legittimo modo di acquisto. Di poi proverà la turbativa della sua proprietà mercè la ritenzione del possesso da parte del convenuto. Per ciò il proprietario *possidente* non può mai vindicare, e per contrario il convenuto con la *rei vindicatio* deve sempre da sua parte possedere effettivamente la cosa vindicata. Alle volte però chi si condusse dolosamente viene, in pena, considerato come possessore (*fictus possessor*) sebbene egli o non possedè mai la cosa, od almeno cessò di possederla pria che l' azione si fosse intentata (1). Tosto che l' attore prova i due punti più sopra detti, il convenuto vien per regola generale condannato a restituire la cosa nel modo su indicato. Nullameno egli può talvolta sfuggire tale condanna invocando, sotto la forma di una *exceptio*, certe pecnliari circostanze che lo autorizzino a non rendere la cosa in tutto o per sempre, come sarebbe, verbigrazia, l' *exceptio rei venditae et traditae*, od almeno a ritenerla sino a che vi saranno quelle peculiari circostanze, per es. sino a quando il possessore, in forza di una servitù personale a lui spettante sull' altrui cosa, o per un dritto di pegno, avrà facoltà di conservarne il possesso.

Della negatoria actio *in particolare.*

Anche senza ritenere il possesso di tutta la cosa, potrebbe qualcuno turbare la proprietà altrui, se non in tutto, almeno in parte, quando non riconoscesse la sua natúrale libertà ed il suo carattere esclusivo, frapponendo ostacoli al suo esercizio senza che si avesse speciali ragioni di ciò fare. In tal caso a garentia del proprietario non basta senza dubbio la *rei vindicatio;* onde gli è data un' altra azione reale, la *negatoria* o *negativa actio*, contro qualunqne terza persona che si attribuisse così tórtamente delle pretensioni turbatrici della proprietà. Essa è diretta, come *libertatis vindicatio*, giusta il suo scopo principale, a far riconoscere la libertà della proprietà dalla restrizione negata dall' attore, *negata*, e perciò ad impedire ogni ulteriore turbativa. Secondo poi il suo scopo accessorio, essa mira alla

---

(1) Si lasciava il possesso per non essere involto in un giudizio a causa di esso, e per rendere impossibile o difficile al proprietario il ricuperare la sua cosa. Vedi la legge 27, §. 3, D. *de rei vind.* VI, 1. *Fictus possessor* dicevasi ancora chi si presentava in giudizio (*liti se offerre*) allegando bugiardamente di possedere, a fin di trarre il proprietario in inganno sulla persona del vero possessore. L. 27, cit. pr. I *ficti possessores* erano condannati *in litis aestimationem.* L. 68, D. *de rei vindic.* L. 3, §. 4, D. *de alienat iudic. mut.* IV. 7. — *Il Trad.*

riparazione del danno che sia potuto all' attore provvenire dalle antecedenti molestie ed indebite appropriazioni fatte dal reo. Pertanto, sebbene l' azione negatoria sia diretta a far riconoscere la *libertà* della proprietà, tuttavia l' attore non altro dee provare che la esistenza della sua proprietà. Perocchè la libertà, naturale e regolare condizione di essa, viene giuridicamente presunta perfino che non si provi il contrario.

Entrambe queste azioni, la *rei vindicatio*, come l'*actio negatoria*, benchè non competano *direttamente* che al vero proprietario, nondimeno possono *utiliter* essere intentate da più altre persone, alle quali furono legalmente concedute, p. es. dall' enfiteuta.

Al proprietario non di rado competono eziandio in sua difesa gl' *interdetti possessori* (1). Ma non è questo il loro luogo, giacchè non derivano dalla proprietà, come tale, ma dal possesso, alla cui tutela soltanto vengono direttamente ordinati.

In rem actio competit ei, qui aut iure gentium, aut iure civili, dominium adquisivit. Paul., fr. 23, pr., D., VI, 1, *de rei vindic.*

Officium autem iudicis in hac actione (rei vindicatione) in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat. Ubi enim probavi, rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. Ulpian., fr. 9, D., eod.

Si a Titio fundum emeris, qui Sempronii erat, isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres exstiterit, et eundem fundum Mevio vendiderit et tradiderit, Iulianus ait, aequius esse, praetorem te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata, vel doli mali summoveretur. Ulpian., fr. 4, §. 32, D., XLIV, 4, *de doli except.*

§. 103.

Della Publiciana in rem actio.

Dig. lib. VI, tit. 2, de Publiciana in rem actione.

Così la *rei vindicatio*, come la *negatoria actio* presuppongono che il *dominium* fu compiutamente acquistato dall' attore. Quindi a chi soltanto è in procinto di acquistare la proprietà non competono ancora queste azioni preservatrici.

Lo stesso è a dire di colui che abbia acquistato *bona fide et iusto titulo* il possesso giuridico di una cosa capace di usucapione ; poichè, sebbene egli per queste condizioni possa *usucapirla*, tuttavia rimane semplicemente *civilis possessor* fino a che non si compia l' usucapione. Tuttavolta il pretore si cura anzi tempo di lui e 'l soccorre per mezzo di una finzione, lo riguarda come se l'usucapione si fosse compiuta, ed il possesso civile convertito in proprietà; epperò gli accorda una *in rem actio*. Ed è questa l' azione che più sopra, nella storia della proprietà, dicemmo *Publiciana in rem actio* (2).

(1) V. più sopra il §. 88.
(2) V. più sopra il §. 90.

Nell' antico dritto romano questa azione, introdotta dal pretore, era ancora destinata a servir di sicurezza al così detto proprietario bonitario sino a che non avesse, mercè l' usucapione, convertita in quiritaria la sua proprietà bonitaria. Il come poi, seguita la fusione della così detta bonitaria e quiritaria proprietà in un nuovo *dominium* per mezzo di Giustiniano, cessasse in quel caso il bisogno di una *Publiciana in rem actio*, fu per noi veduto più sopra (1).

Essa è, sotto più rapporti, guardando all' occasione ed al fine, manifestamente modellata sulla *rei vindicatio*. Epperò presuppone ancor essa, che l' attore abbia perduto il possesso della cosa, e che altri la ritenga. Mira eziandio allo stesso scopo della *rei vindicatio*, cioè dire, alla restituzione della cosa, *cum omni causa*. Solo si diversifica essenzialmente dalla *rei vindicatio* in ciò che essa non può farsi valere così efficacemente, come questa, ed assolutamente contro ogni terzo possessore della cosa. Certo, non la si può con buon effetto intentare in alcun caso contro il *dominus*, poichè questi ha un dritto più solido, che non è quello del *bonae fidei possessor*, ed aggiungi che a lui compete in realtà quel che il secondo aver suole per mera finzione. E molto meno la si può intentare contra un terzo possessore, che egualmente *civiliter* possegga, ed al quale compete per ciò la stessa finzione di proprietà, come al precedente possessore. Poichè quest' ultimo, posta la parità delle condizioni, ha l'attuale possesso per sè, ed *in pari causa melior est conditio possidentis*. Per contrario, chi non possiede neppure *civiliter*, ed ha perciò evidentemente un dritto più debole nella cosa, deve all' attore restituirla, e sotto questo rapporto riconoscerlo come un *dominus*. Ma a questo fine l' attore dee sempre, ed è ben dritto, provare come fondamento della sua azione quella stessa circostanza, su cui si adagia tutta la finzione dell' azion pubbliciana, cioè dire, che innanzi di perdere la cosa ei l' abbia *civiliter* posseduta e incominciato a usucapirla. Ad ogni modo torna assai chiara la ragione per cui col giuridico fondamento della *Publiciana in rem actio* non si è in tutt' i punti così rigorosi, come con l' usucapione. Imperocchè questa può e deve al precedente proprietario della cosa togliere la proprietà a favore dell' usucapiente, mentre la semplice concessione della Publiciana non può mai ne' suoi effetti pregiudicare il proprietario.

Senza dubbio l' azione publiciana non è propriamente destinata pel proprietario della cosa. Egli non ne ha bisogno, giacchè per tale scopo ha già la *rei vindicatio*. Nullameno egli può, secondo le circostanze, in vece della *rei vindicatio* servirsi della *Publiciana*, come quella che può essergli egualmente utile, e dargli a un tempo stesso peculiari vantaggi. Il che specialmente si mostra in questo, che l' attore ha da fare in tal caso una prova più facile, ed è segnatamente prosciolto dall' obbligo di provare una proprietà già compiutamente acquistata, la qual cosa è spesso difficile a fare.

---

(1) V. §. 90 e 91.

Namque si cui ex iusta causa res aliqua tradita fuerit (veluti ex causa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum), necdum eius rei dominus effectus est, si eius rei casu possessionem amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam rem persequendam, quippe ita proditae sunt iure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed, quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est a praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, et ita vindicat, suam esse. Quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio praetore in edicto proposita est. §. 4, I., IV, 6, *De action.*

Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur (eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio, *si ea res possessoris non sit*), sed ut is, qui bona fide emit, possessionemque ex ea causa nactus est, potius rem habeat. Neratius, fr. 17, D., VI, 2, *de Publiciana in rem actione.*

CAPITOLO TERZO.

TEORIA DE' DRITTI REALI NELLA COSA ALTRUI.

§. 104.

Idea generale de' iura in re aliena.

La proprietà, a malgrado della sua naturale libertà e illimitazione, *libertas rei*, che certamente costituisce il suo carattere normale, è atta eccezionalmente a ricevere restrizioni molto importanti. Così non ripugna all'essenza di essa il potersi dall'intera somma di tutt'i dritti possibili che regolarmente appartengono al proprietario sulla sua cosa, distaccarne alcuni, molti o pochi che sieno, e, vuoi temporaneamente, vuoi altresì per lunga durata, trasferirli ad altrui.

Imperò, se questo trasferimento a pro di un altro avviene semplicemente nella forma ed in virtù di un rapporto di obbligazione, una separazione di tali dritti dalla proprietà non ha luogo effettivamente, ma solo in apparenza. In tal caso, chi ben considera, tutti questi dritti restano certamente congiunti alla proprietà come erano prima. Colui che personalmente ha facoltà di esercitarli, esempigrazia, il fittaiuolo o'l' inquilino, non li esercita indipendentemente per sè, in forza di un proprio dritto nella cosa, ma, giusta il contenuto del contratto, in nome del proprietario e come suo rappresentante. Quindi colui, che in tal modo è autorizzato, non viene già in un giuridico rapporto con l'altrui cosa, ma solo con la persona del proprietario di essa, il quale, in questo rapporto, sol come debitore è obbligato di permettere al suo creditore l'esercizio di cotesti dritti. Ma non così va la cosa quando il rapporto giuridico si formò altramente; quando, cioè, i dritti componenti la proprietà sieno stati nel fatto temporaneamente distaccati da essa, per guisa che non ne facciano veramente più parte sino a che non sieno alla stessa riuniti. Colui che se gli ebbe, esercita allora sull'altrui cosa un dritto indipendente simile a quello che ha il proprietario sulla propria sua cosa. Così vien egli, in risguardo all'altrui cosa, in un immediato rapporto giuridico, la

cui mercè ha sovra di essa un dominio che sta ad un pari con quello del proprietario, benchè soltanto in un modo parziale.

Dal che chiaro si manifesta il perchè a simili dritti diedesi il nome di *iura in re aliena*, dritti reali nella cosa altrui. Poichè, se da una parte il loro immediato oggetto, la cosa, ed il loro carattere reale gli eqniparano alla proprietà, dall'altra, dovendo il possessore sempre riconoscere la proprietà di un altro in cotesta cosa, e quindi quest'ultima sempre come *aliena*, tal circostanza basta per distinguere i *iura in re aliena* dalla proprietà.

L'idea di tali dritti reali nell'altrui cosa non restò di certo straniera all' antico dritto romano, ma vi apparve solo nella forma delle servitù. Non pria ch'esso fu giunto nel suo stato di svolgimento riconobbe quattro specie di cotesti *iura in re aliena;* e son queste: la *servitus*, l'*emphyteusis*, la *superficies* ed il *pignus*.

Senza dubbio, fra questi, la *emphyteusis* e la *superficies* secondo il lor contenuto e la loro estensione, non meno che per l'indole delle azioni che ne derivano, hanno una grandissima somiglianza con la proprietà. Tuttavia le servitù, guardandosi al loro storico svolgimento, si annodano più intimamente alla proprietà ; sendochè formano il più antico *ius in re aliena*, e sono, com' è verosimile, tanto antiche quanto la stessa proprietà. Anche in esse si dichiara nel modo più netto e preciso il carattere del dritto reale nella cosa altrui in contrapposto alla proprietà. Con ciò si giustifica l'ordine, con cui dobbiamo discorrere successivamente de' *iura in re aliena*.

TITOLO PRIMO.

LA DOTTRINA DELLE SERVITU'

§. 105.

Carattere generale delle servitù .

Le servitù hanno ciò di comune con tutti gli altri dritti reali nella cosa altrui, che esse, per ispeciali ragioni, restringono la proprietà, la quale è regolarmente libera ed illimitata.

Ma non si può considerare come un caratteristico contrassegno delle servitù la circostanza, che tale limitazione non si possa altrimenti manifestare che in questo, cioè che il proprietario della cosa, nell'immediato suo rapporto con essa, debba, a favore di chi ha il dritto alla servitù, tralasciare qualche cosa, *non facere*, cui non avrebbe bisogno di non fare, o soffrire, *pati*, ciò che senza tale restrizione non soffrirebbe. Per contrario non mai può e deve la servitù, secondo il suo contenuto, consistere in questo, che il proprietario, rispetto alla cosa soggetta ad essa, comparisca obbligato, a favore di colui cui spetta tal servitù, ad un fatto positivo, ad un *facere*. Poichè, per vero che comparisca il principio: *servitus in faciendo consistere non potest*, per

intimo che ei risegga nell'essenza delle servitù, pure lo si fonda non tanto nella speciale natura della *servitus*, quanto, piuttosto, nel carattere generale del *ius in re aliena*. Solo accidentalmente esso ci si appresenta più scolpito ov' è parola della servitù. I giuristi romani l'han quì espresso con più rilievo che non fecero trattando di altri consimili dritti parte perchè originariamente e per lungo tempo le servitù non furono che l'unico *ius in re aliena*, parte perchè esse, a voler considerare quant'altro n'è il contenuto, sono capaci di un'assai maggiore varietà più che gli altri dritti reali nella cosa altrui. Del rimanente, la ragione della sua generalità sta in questo, che ogni *ius in re aliena*, secondo la sua essenza, sottopone di necessità, sempre e partitamente la *cosa aliena guardata di per sè* al dominio di chi l'acquistò, ma non la persona del proprietario di questa cosa. L'obbligo di quest' ultimo, il compiere, cioè, alcun atto positivo a utilità di chi gode il *ius in re*, colpirebbe direttamente la persona di esso proprietario, e non soltanto la sua cosa. Gli è per questo che si può concepire un'obbligazione avente al tutto, sotto forma di una *obligatio*, l'indole di un credito contro la persona del proprietario, ma ripugna alla natura di un *ius in re*.

Inoltre, se è vero, come non lice dubitarne, che la servitù, secondo il suo contenuto, è sempre, mediatamente o immediatamente, diretta al *godimento* dell'altrui cosa, vero è pure che essa divide sì fatta sua qualità non con tutti, ma solo con certi altri dritti reali su la cosa aliena, che non sono servitù, segnatamente con l' enfiteusi e con la *superficies*.

Finalmente la servitù ha pur questo in comune con tutti gli altri dritti reali nell'altrui cosa, cioè che una *in rem actio* è statuita in sua difesa.

Imperò, sonvi due contrassegni che nel fatto indicano caratteristicamente la servitù e la distinguono da tutti gli altri dritti reali nella cosa aliena. L'uno è il momento storico su mentovato, cioè dire, che la servitù era il più antico, anzi originariamente l'unico *ius in re aliena* fondato sul dritto civile, mentre che gli altri doveano la loro origine, od almeno il loro compiuto svolgimento, al dritto civile posteriore, od al dritto pretorio. Ed è perciò che la servitù spesso vien detta per antonomasia *ius in re*. L'altro contrassegno è in quella loro qualità così importante per le sue pratiche conseguenze, e questo è, l'essere elleno così strettamente e indissolubilmente legate al loro *soggetto* da non potersene separare senza distruggersi; qualità che non trovi negli altri *iura in re aliena*. Appunto per questo ha non poca importanza la distinzione di tutte le servitù, secondo il loro soggetto, *in servitutes praediorum*, *s. rerum*, le così dette *servitù reali*, che sono stabilite per un immobile ed in suo vantaggio, e in *servitutes personarum*, le così dette *servitù personali*, costituite per una data persona e in pro di lei. Senza di che non si può determinare il soggetto al quale la servitù sia indivisibilmente legata, e poi giudicarla per bene in tutti i suoi giuridici rapporti.

Quanto al loro *oggetto*, le servitù, come limitazioni dell'altrui proprietà, non sono naturalmente possibili che su di una cosa, la quale sia capace di proprietà, ed appartenga effettivamente e per quel tempo ad un altro. A ciò si riferisce la primitiva limitazione delle servitù reali a'fondi italici, e che nel nuovo dritto romano scomparve.

La servitù è l' unico dritto, cui, non ostante la sua determinata qualità come cosa incorporale, i romani applicarono certi principî della proprietà riscontrantesi col suo obbietto, con la cosa corporea, in guisa che le accomunarono altresì l'idea della *possessio*, come *quasi* o *iuris possessio* con tutte le sue conseguenze giuridiche, gl'interdetti possessori, e la prescrizione (1).

Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat. PAPIN., fr. 15, §. 1, D. VIII, 1, *de servitutibus*.

Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum. MARCIANUS, fr. 1, D. eod.

§. 106.

Le servitutes rerum sive praediorum in particolare

Inst. lib. II. tit. 3. de servitutibus praediorum. Dig. lib. VIII. tit. 1. de servitutibus. tit. 2. *de servitutibus praediorum urbanorum.* tit. 3. *de servitutibus praediorum rusticorum — Cod. lib. III. tit. 34. de servitutibus et aqua.*

Queste servitù sono le più antiche, e spesso nelle nostre sorgenti giuridiche le si dicono per antonomasia *servitutes* senza altra giunta.

Il principio generale, su cui fu molto logicamente costruita dai romani giuristi tutta quanta la teoria delle servitù reali è, che qui non solo è presupposto essenzialmente come prossimo obbietto della servitù un così detto fondo serviente, un *praedium, quod servitutem debet*, ma anche la servitù stessa, come dritto, vien messa in un certo indivisibile legame con un altro così detto fondo dominante, *praedium cui debetur servitus*, e la si attribuisce a quest'ultimo come al soggetto del dritto, giusta un modo di dire già comunalmente ricevuto (2).

Da cotesto principio in modo semplicissimo che non più si deduce la maggior parte delle qualità proprie delle servitù reali. Laon-

(1) V. più su il §. 88.

(2) Se qui contro la regola generale, un fondo e quindi una cosa vien indicata come soggetto di dritto e persona, è più che agevole dichiarare questa apparente contradizione. Anche la servitù reale nel suo risultato appartien sempre all' uomo, e se quivi il predio stesso s' indica come soggetto avente dritto alla servitù, gli è perchè tanto quegli uomini, a' quali è utile la servitù reale, e da' quali essa può e dev' essere esercitata, quanto ancora la misura nell' esercizio e la durata del dritto devono qui regolarsi in una propria guisa, secondo il possesso, il bisogno e la durabile esistenza di un dato fondo.

de debbono essere così fatte che ne risulti pel fondo dominante, preso per sè, non già solo per l'attuale possessore di esso, per la sua persona, una utilità derivante immediatamente dal medesimo fondo che serve, *ex perpetua causa*. Inoltre le si devono esercitare dall'attuale possessore del fondo dominante in certo modo come rappresentatore di questo, ma sempre ed unicamente in beneficio di esso fondo, e per quanto richiede il suo bisogno. Ancora, entrambi i fondi devono essere in una certa vicinanza tra loro, come *praedia vicina*, così che si raggiunga lo scopo della servitù. In fine, la servitù reale, quanto alla sua origine ed alla sua durata, è fortemente e inseparabilmente legata al fondo dominante, considerato come soggetto del dritto, e con quest'esso perisce.

Il principio che le servitù reali, nella estensione che una volta fu data loro, sono giuridicamente indivisibili, si fonda non tanto sulla generale nozione della servitù, come tale, quanto sul proprio contenuto delle servitù reali guardate in sè medesime. Gli è verosimile eziandio che generali ed agricoli motivi abbiano ancora servito di fondamento al divieto della loro divisibilità.

Per rispetto al loro numero, le servitù reali non sono limitate; ma ce ne ha tante, quante sono le utilità che possano trarsi da un fondo a pro di un altro, ed a cui si adattino le condizioni mentovate di sopra. Sotto questo rapporto non è senza pratica importanza la molto antica divisione in *servitutes praediorum rusticorum* o *rusticae servitutes*, ed in *servitutes praediorum urbanorum*, dette ancora *urbanae servitutes*. E la si fonda non sulla positura del predio, fuori o dentro la città, ma sulla essenziale destinazione del fondo dominante, secondo che sia un edifizio, od un luogo che non l'abbia, e la sua importanza sta in questo, che il contenuto e la estensione della servitù reale dipendono principalmente dal bisogno di quel fondo cui va dovuta. Come esempî di *servitutes praediorum rusticorum* sono qui da porre innanzi la *servitus itineris, actus, viae et aquaeductus*, perchè esse, come quelle che interessano più direttamente un popolo agricolo, furono le più antiche, e già, almeno in parte, se ne fa pure menzione nelle leggi delle XII tavole (1). Con ciò si fa chiaro il perchè tra tutte le cose e dritti incorporali soltanto le servitù reali, e di queste le sole *rusticae* valessero come *res mancipi*. Per contro, le *servitutes praediorum urbanorum* si distinguevano per mezzo di molte particolarità ne' modi con che si acquistavano e perdevano. Così, anche la liberazione di un *praedium urbanum* da una *servitus urbana* che vi gravitava, viene, in certa guisa, considerata come l'acquisto di una nuova servitù, cioè come acquisto di libertà dal peso della precedente servitù. Esempî di queste servitù sono le *servitus oneris ferendi, altius tollendi, vel non tollendi, stillicidii*, etc.

---

(1) Vedi la tavola 7. Vedi anche Cic. *de leg.* I, 21, *de repub.* I, IV, 8.
Il Trad.

Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem adquirere urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium. §. 3, Inst., II, 3, *de servitutibus praediorum*.

Et servitutes dividi non possunt. Nam earum usus ita connexus est, ut, qui eum partiatur, naturam eius corrumpat. (Parole di Pomponio non accolte nelle Pandette, ma conservate come frammento. *Corp. iuris anteiust.*, p. 169).

Rusticorum praediorum iura sunt haec : iter, actus, via, aquaeductus. Iter est ius eundi ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi vel vehiculum. Actus est ius agendi iumentum, vel vehiculum. Itaque, qui iter habet, actum non habet ; qui actum habet et iter habet, eoque uti potest etiam sine iumento. Via est ius eundi et agendi et ambulandi ; nam et iter et actum via in se continet. Aquaeductus est ius aquae ducendae per fundum alienum.

Praediorum urbanorum servitutes sunt, quae aedificiis inhaerent, ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia urbana praedia appellamus, etsi in villa aedificata sint. Item praediorum urbanorum servitutes sunt hae: ut vicinus onera vicini sustineat, ut in parietem eius liceat vicino tignum immittere, ut stillicidium vel flumen recipiat quis in aedes suas, vel in aream, vel in cloacam, vel non recipiat; et ne altius tollat quis aedes suas, ne luminibus vicini officiat. Pr. et §. 1, Inst., eod.

Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent. Paul., fr. 28, D., VIII, 2, *de serv. praed. urb.*

Nerattus in libris ex Plautio ait, nec haustum pecoris, nec appulsum, nec cretae eximendae, calcisque coquendae ius posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat ; et hoc Proculum et Atilicinum existimasse ait. Sed ipse dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae, servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit. Ulpianus, fr. 5, §. 1, D., VIII, 3, *de servitut. praed. rusticor.*

§. 107.

Le servitus personarum in particolare.

Inst. lib. II, tit. 4 de usufructu, tit. 5, de usu et habitatione — Dig. lib. VII-tit. 1, de usufructu. tit. 7, de operis servorum, tit. 8, de usu et habitatione — Cod. lib. III, tit. 33, de usufructu et habitatione et ministerio servorum.

Quel che caratterizza le servitù personali, in contrapposto con le reali, è la circostanza che esse, senza limitazione a rispetto della esistenza e della durata, non che del bisogno di un dato fondo, son concedute ad una persona, e che elleno possono costituirsi così nelle cose mobili altrui, come nelle immobili.

Quanto al loro contenuto, le son tutte dirette ad un certo godimento dell' altrui cosa più o meno illimitato. I romani sogliono in modo speciale dare il nome di servitù personali a sole quattro servitù : l' *ususfructus*, l' *usus*, l' *habitatio* e le *operae servorum vel animalium*. Ma ciò non vuol dir altro se non che queste quattro servitù, da per tutto ove s' incontrino, debbano sempre considerarsi come servitù personali, e costituirsi soltanto per una persona, e non già per un fondo come servitù reali. Per contrario quelle servitù, che ordinariamente si adducono come servitù reali, possono eziandio, senza tema di errare, essere considerate e costituite come servitù personali.

In quest' ultimo caso esse prendono natura di un *usufructus* od *usus* ristretto ad un certo special modo di godimento.

Il contenuto e la estensione di queste servitù così dette antonomasticamente personali richiedono che la cosa da assoggettarvisi esca interamente dalle mani, dalla materiale custodia del proprietario quivi indicato a preferenza di ogni altro nome con quello di *proprietarius*, e venga nel potere di chi le deve godere; il che mai non avviene nelle servitù reali. Di qui molto naturalmente si chiarisce il perchè incombe per legge a chi gode la servitù l'obbligo di dare dal bel principio cauzione al proprietario per tutt' i danni possibilmente avvenire. Questa è la così detta *cautio usufructuaria*. Duplice n' è lo scopo, e per far che non si abusi della cosa, e perchè in tutt' i casi venga restituita al proprietario tosto che il dritto si estingua.

Per ciò che riguarda la *servitus usufructus* e quella dell' *usus*, diciamo esser queste le due forme regolari delle servitù personali. Le si distinguono tra sè pria di tutto per mezzo della estensione del godimento cui danno dritto. E per vero l' *ususfructus*, secondo il suo contenuto, importa sempre un dritto maggiore che non il semplice *usus*. Poichè l' *usufructuarius*, detto pure *fructuarius*, è autorizzato come la stessa parola ce lo indica, così all' *uti*, come al *frui*, cioè ad ogni possibile ed esclusivo godimento della cosa altrui, sia che si tratti de' frutti, la cui proprietà egli acquista con la *perceptio*, sia di qualsivoglia altro uso; può inoltre servirsi della cosa immediatamente per la sua propria persona, ed anche al di là de'suoi personali e domestici bisogni, giacchè quando non voglia o non possa servirsi de' suoi utili, ha facoltà di trasferirli ad altrui a titolo gratuito od oneroso.

Per contrario, nella *servitus usus* non vi è altro che il solo dritto dell' *uti*, non quello del *frui*. Il che vuol dire che l' *usuarius* può servirsi dell'altrui cosa, ma solo con una certa determinata limitazione, la quale viene indicata come il contenuto del semplice *usus* giusta il valore che fu dato a questa voce nella lingua giuridica romana, non sempre al tutto uniforme all' ordinaria, nel suo svolgersi successivo pei pratici bisogni. Poichè se la cosa è utile indipendentemente dalla raccolta de' frutti, l'usuario può interamente ed esclusivamente usarla, ma senza appropriarsi cotesti frutti con la *perceptio*. Per contrario, quando la cosa non è utile senza frutti, egli può in vero raccoglierli, ma solo per i suoi bisogni personali e domestici e senza ch' ei possa trasferire ad altri l'esercizio del suo diritto. Una *servitus fructus* diversa dalla *servitus ususfructus* non vien riconosciuta dal dritto romano; ma tutte e due sono sinonime per esso; e nel fatto, nell'apprensione de' frutti vi è sempre nel tempo stesso un uso della cosa.

L'*ususfructus* e l'*usus* si accordano in questo, che l'uso della cosa altrui debbe farsi *salva eius substantia*. Appunto per ciò l' *ususfructus* non è possibile se non in quelle cose, *quae usu non consumuntur*. Pertanto, un Senatoconsulto promulgato a' primi tempi degli Imperatori, al più tardi sotto Tiberio, fermò il principio che potesse stabilirsi un rapporto simile all'usufrutto anche in quelle cose *quae usu consumun-*

tur. Se non che questo così detto *quasi usufructus* non è propriamente un *ius in re aliena*, ma sì un rapporto di obbligazione, un dritto di credito assicurato per mezzo di una prestazione di cauzione, simile alla *cautio usufructuaria*, e, per quanto sua propria natura comporta, imitante l' *usufructus*.

L'*ususfructus* e l' *usus* sono le due forme e i due nomi regolari delle servitù personali. Ma i Romani ammisero ben altre personali servitù peculiarmente modificabili e capaci di essere più ristrette nel loro obbietto in virtù di speciale convenzione. Due di queste servitù ebbero più tardi, per mezzo di generale disposizione di legge, stabile e tecnico nome, e, per effetto di un giuridico uso di dire in parte molto arbitrario, una teoria ordinata una volta per tutte. Queste sono l' *habitatio* e le *operae servorum* (*vel animalium*).

Usufructus est ius alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia.

Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis et ceteris rebus, exceptis iis, quae ipso usu consumuntur. Nam hae res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum: quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta, quibus proxima est pecunia numerata ; namque in ipso usu, assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui : ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniae ususfructus legatus sit, ita datur legatario, ut eius fiat, et legatarius satisdet heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur, aut capite minuetur... Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usumfructum constituit. Pr. et §. 2. Inst., II, 4, *de usufructu.*

Minus autem iuris est in usu, quam in usufructu. Nam is, qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, foeno, instrumentis et lignis ad usum quotidianum utatur ; in eoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento ; nec ulli alii ius, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest, quum is, qui usumfructum habet, potest haec omnia facere. §. 1, Inst., II, 5, *de usu et habitatione.*

Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod ius. Quam habitationem habentibus, propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam, nostra decisione promulgata permisimus, non solum in ea degere, sed etiam aliis locare. §. 5, Inst., eod.

Si cuius rei ususfructus legatus sit, aequissimum praetori visum est, de utroque legatarium cavere : *et usurum se boni viri arbitratu, et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde extabit.* Ulpian., fr. 1, pr. D., VII, 9, *Usufructuarius quemadmodum caveat.*

§. 108.

Costituzione ed estinzione delle servitù.

Dig. lib. VII. tit. 14. quibus modis usufructus vel usus amittitur.
Dig .lib. VII. tit. 6, quemadmodum servitutes amittuntur.

I. Dalla propria natura della servitù, la quale una volta costituita si annoda strettamente al soggetto cui compete, risulta che il suo acquisto vuolsi dir sempre originario, non mai derivato.

Il modo più naturale e più frequente ond'essa si stabilisce, consiste in un atto della volontà del proprietario, che convenzionalmente distacca certi singoli elementi della proprietà e come dritto reale li trasferisce ad un altro. Per essa ha luogo una parziale alienazione, non già della cosa, ma solo di certi dritti di proprietà in quella inerenti. Quanto alla forma con cui la si stabilisce, questa, secondo l'antico dritto romano, quando doveasi costituire una servitù in un fondo italico, consisteva in una *in iure cessio*, e nelle *servitutes praediorum rusticorum*, in una *mancipatio* della servitù. Oltre a questo, bastava già la semplice *pactio et stipulatio*. Imperò è da ritenere che nel nuovo dritto romano, dalla scomparsa della *in iure cessio* e della *mancipatio*, nel cui luogo nulla di analogo è sostituito per istabilire una servitù, come dritto reale, la semplice convenzione è bastevole. Sol quando l' acquirente della servitù voglia sperimentare la *publiciana actio*, bisogna eziandio che abbia avuto luogo la così detta *quasi traditio iuris* (1).

Le servitù possono benanche costituirsi mercè una disposizione testamentaria; il che si praticava più sovente per le servitù persona-

---

(1) Egli è il vero cotesto; ma l' autore nella sua precedente edizione aveva esitato di affermarlo. Ei s' era così espresso: *Ob, nach dem neueren römischen Rechte, seit dem verchwinden der in iure cessio und mancipatio, noch eine besondere Traditionshandlung nöthig sei, oder nicht, und worin sie bestehe, ist zweifelhaft.* Il perchè noi credemmo di dover fare la seguente nota:

Questa quistione, ch' è di mera importanza storica per noi, si sarebbe dovuta da gran tempo risguardar come diffinita; e pure non è peranco quetata in tutto. Quanto alle servitù negative (*in non faciendo*), certo è che una semplice convenzione basta perchè le si acquistino validamente. Dig. lib. 5, pr. §. 2 (VIII, 4); lo stesso dee dirsi per le affermative. Gaius, II, 30, 31. Inst. §. 4, pr. (II, 3); Inst., §. 1 (II, 4); Dig., fr. 3, pr. (VII, 1); Dig., fr. 19 (VIII, 3). In questi ed in altri luoghi, che son numero grande a noverare, e ne' quali i *pacta* e le *stipulationes* si allegano come modo di acquisto delle servitù, è stato con tutta serietà creduto che si fosse omessa la condizione principale di simile acquisto, cioè la *traditio*. Così si è voluto credere ad una omissione, che sarebbe, come nota il Puchta, maravigliosa, unanime e quasi convenuta. Contro di questa opinione cennò per primo Savigny il netto della cosa (*Recht v. Besitz*, §. 45 e *System d. heut röm Rechts*, II); poi ne scrissero minutamente Schmidtlein (*Diss. de servitutibus per pactum constituendis*, Gött. 1826); Michelsen (*Archiv. für. civil Prax.* VII, 14); Hasse (*Rein. Museum*, vol. I); Schrader (*Tüb. Krit. Zeitschr. für Rw.* vol. 2), ed altri non pochi. La contraria opinione è difesa ancor oggi da molti, ed in ispezialità e per rispetto alle sole *servitutes affirmativae* dal Vangerow (*Leitfaden der Pandekten*, §. 350), il quale tiene *civilmente impossibile* l' acquisto di coteste servitù con la semplice convenzione senza che vi si aggiunga la *traditio*. Io non dubito un istante, scriveva il Puchta, che se l' acuto giurista si facesse a considerare con senno critico questa *civile impossibilità*, troverebbe che essa non è altra cosa che un vecchio pregiudizio, un avvanzo della vieta dottrina del *titulus* e del *modus adquirendi*, ed uno di quei vincoli, che hanno fatto accagionare di servitù il pensiero giuridico. *Cursus der Inst.* §. 237, n. ii.

La *traditio* è utile, non necessaria per l' acquisto del *ius servitutis*. Chi l' ebbe per semplice *pactum*, ha l'*actio utilis confessoria*, e deve provare il dritto di chi costituì la servitù: chi poi l' acquistò con la *traditio*, ha l' *actio publiciana* per la quale non è tenuto di provare che il costituente sia proprietario. Fr. 73, Dig. (VI, 2). — *Il Trad.*

li. Medesimamente per mezzo di aggiudicazione, sotto le stesse condizioni che son richieste nell' acquisto della proprietà.

Una servitù si può eziandio costituire mediante la prescrizione. Ma con questo modo di acquisto non bisogna confondere il caso che è quando alcuno acquista per usucapione la proprietà di un immobile; perchè, sebbene egli consegua altresì *eo ipso* le servitù che ad esso immobile competono, pur non vuolsi in ciò vedere un acquisto di servitù per prescrizione, come tale, ma soltanto prescrizione per rispetto al fondo, e le servitù che ad esso appartengono, partecipano di per sè e tacitamente, come accessioni, il destino giuridico dello stesso. Se poi una servitù possa acquistarsi per prescrizione come un dritto indipendente per sè, fu, come pare, lungamente disputato non per altro se non perchè la servitù, come cosa incorporea, non può essere posseduta. Veramente si cercò nell'antico tempo di applicare anche alle servitù i principî dell' ordinaria *usucapio* nel modo ond' erano osservati per la proprietà. Ma *una lex Scribonia*, non sappiam nulla di quando fu data fuori, vietò ancor questo, e senza che ci sia noto nemmeno sin dove tal divieto concernesse anche l'usucapione delle *servitutes urbanae*. Se non che, per opra del dritto pretorio, sotto il nome di *longa quasi possessio* o *diuturnus usus* si formò a poco a poco una nuova specie di acquisto per prescrizione, applicabile a tutte le servitù. La si fonda nel principio che colui, il quale esercita pacificamente per *longum tempus nec vi nec clam nec precario* una servitù che non gli appartiene, debba risguardarsi come se avesse acquistato il dritto della servitù medesima.

Finalmente una servitù, almen quella dell' *ususfructus*, può talvolta essere acquistata *ipso iure* per virtù di una disposizione di legge. Gli esempi, sebben ricavati soltanto dal nuovo dritto romano, saranno da noi incidentemente allegati là dove toccheremo le altre dottrine, alle quali si annodano, sovratutto il dritto di famiglia.

II. La servitù si estingue necessariamente, come tutt' i *iura in re*, per l'annientamento del suo *obbietto;* la servitù personale egualmente per la totale trasformazione della cosa che l' era sommessa; inoltre, come tutti i *iura in re aliena*, per mezzo della *confusio*, ch' è quando la cosa cessa di essere *aliena* per colui che in essa ebbe il dritto della servitù.

Inoltre la si estingue ancora per certi altri modi del tutto peculiari per essa. Così finisce in quel mentre stesso che vien meno il *soggetto* cui competeva; nelle servitù personali per la morte o la *capitis deminutio* di una data persona; nelle reali per la distruzione del fondo dominante. Ciò segue logicamente dal principio che ogni servitù, rispetto alla sua durabilità, è inseparabilmente congiunta al soggetto che s'ebbe al nascer suo. La si estingue eziandio col non *usus*, cioè quando essa non sia stata esercitata, neppure una volta sola, *per longum tempus* (1). Soltanto per le *servitutes praediorum urbanorum* a questo *non*

(1) Nel dritto antico bastava che non se ne fosse fatto uso per un biennio

§. 109.

Azioni che proteggono la servitù, o la libertà di una cosa da indebite servitù.

Dig. lib. VII. tit. 6. si ususfructus petatur, vel ad alium pertinere negetur. Dig. lib. VIII. tit. 5, si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur.

Quel che la *rei vindicatio* è per la proprietà, questo è per la servitù, come *petitio*, *vindicatio servitutis*, la *confessoria actio* ordinata a difendere il dritto reale che risulta dalla servitù.

Essa compete a colui, cui s'appartiene la servitù; e può sperimentarsi contro chiunque, sia pur proprietario della cosa che l'è sottoposta; basta che venga turbata ingiustamente la servitù, vuoi che in tutto od in parte la si neghi, vuoi che per vie di fatto se ne impedisca più o meno l'esercizio. Il suo scopo è far riconoscere pienamente la servitù affermata dall'attore, ottenere che l'avversario si astenga di più turbarlo in avvenire, e lo indennizzi del danno causatogli per la già sofferta turbativa. Naturalmente lo stesso attore deve, conforme la natura della servitù, ch'è una restrizione all'ordinaria illimitazione della proprietà, almeno rimpetto al proprietario della cosa serviente, provare, quando è bisogno, la servitù che compete od alla sua persona od al suo fondo. Qui pure ha da provare, quando reclama una servitù per effetto di convenzione, che il concedente era realmente proprietario della cosa. Se per avventura quest'ultimo estremo restasse indimostrato, non perciò gli sarebbe vietato, quando con giusto titolo, col consenso del concedente sia venuto nella *quasi possessio* della servitù, di avvalersi della pretoria *publiciana in rem actio;* ma, certo, solo rimpetto a chi non fosse proprietario della cosa.

Per converso, compete al proprietario, per tutelare la sua libera proprietà da ingiusta servitù pretesa da un terzo, la *negatoria actio*, il cui scopo è dimostrare la libertà della sua cosa. Ed appunto per questo l'*actio negatoria*, benchè nel sistema del dritto romano sia trattata, per ragioni facili a comprendere, insieme coll'*actio confessoria* in occasione delle servitù, non è mica per sè un'azione di servitù, ma una mera azione di proprietà. Con questo avvedimento la si espose più sopra, là dove toccammo della proprietà (§. 102).

De servitutibus in rem actiones competunt nobis (ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent), tam confessoria, quam negatoria: confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit; negatoria domino, qui negat.

Haec autem in rem actio confessoria nulli alii, quam domino fundi competit; servitutem enim nemo vindicare potest, quam is, qui dominium in fundo vicino habet, cui servitutem dicit deberi. Ulpianus, fr. 2, pr., et §. 1, D., VIII, 5, *Si servitus vindicetur.*

Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur, vel per cuius fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicunque aquam ducere impediunt, exemplo caeterarum servitutum. Et generaliter quicun-

dritto sino allora distinte. Il più antico di essi era il *ius in agro vectigali* competente a colui che avesse avuto a censo un fondo da una città, o da corporazioni religiose, collegi. Di qui si fe' luogo di poi, evidentemente come ad un'imitazione di esso, al *ius in agro potrimoniali*, s. *emphyteuticario*, che fondavasi sovra simiglianti concessioni di fondi fiscali od imperiali dati a censo. La primitiva diversità di entrambi questi rapporti giuridici, che si atteneva alla diversità del concedente ed in parte anche a quella delle condizioni che si statuivano, a mano a mano disparve; sicchè d'ora innanzi non pur l'imperatore, le città e certe corporazioni, ma ancor essi i privati poterono a un modo stesso censire le loro terre, o, come oggi generalmente si dice, costituire su di esse un *ius emphyteuticum*, una *emphyteusis*.

Il fondamento di questo dritto d'enfiteusi svoltosi in tal guisa è il contratto di concessione, le cui condizioni regolano al tutto, per ogni singolo caso, il contenuto di sì fatto rapporto di dritto. In effetti, la enfiteusi si costituisce propriamente così: il proprietario concede ad una persona, che si chiama *emphyteuta*, un suo fondo fruttifero, conferendole un estesissimo dritto reale, ma non mica la proprietà del fondo medesimo, con obbligo però di pagare annualmente un censo da fissarsi. Il quale contratto di concessione, attesa la sua forma ed il suo contenuto, sotto certi rapporti si avvicina moltissimo al contratto di vendita, e per altri capi a quello di locazione. Il perchè alcuni giuristi romani lo dichiararono appunto una *emptio venditio*, in quello che altri vi scorgevano piuttosto una *locatio conductio*. Ma, chi ben riguarda, no'l si può confondere con nessuno di essi. Ciò indusse l'imperatore Zenone a definirlo quale un contratto proprio e indipendente per sè, non da dirsi *emptio venditio*, nè *locatio conductio*, ma esclusivamente *contractus enphyteuticarius*. Ed appunto per questa duplice natura del contratto enfiteutico, cioè di vendita e di locazione certo non distrutta per opra di Zenone, esso rimase qual contratto produttivo di azione sol che si fosse regolarmente conchiuso per semplice accordo. Ancora, non ha bisogno di prova scritta se non quando si voglia dar piena efficacia a patti che si discostino dalle regole generali dell'enfiteusi.

Con questa peculiare natura del contratto enfiteutico si annoda l'essenza ed il rapporto giuridico dell'enfiteusi che ne risulta.

---

fetto di un' *obligatio*, di un' azion personale, ma pur quello di un dritto reale mercè l'editto pretorio. In ciò vuolsi vedere l'origine della *superficies* e della *emphyteusis*. §. 3. *Inst. de locat. cond.* (III, 24). Gaius, III, 145. L. 1. §. 1. D. 2. *de superf.* (XLIII, 18; L. 1. §. 1; L. 3. D. *si ager vectig.* (VI. 3); L. 1. pr. §. 1. 3, D. *De superficiebus* (XLIII, 18); L. 73. §. L. — L. 75. D. *de rei vind.* (VI, 1). Entrambe sono da riconoscere come pratiche istituzioni di dritto comune (Ardts, *Pandecten*, § 195); e poichè si attuavano con i contratti consensuali di vendita o di locazione, i quali sono *iuris gentium* et *bonae fidei negotia*. segue che non solo la *superficies* trae la sua origine dal *ius honorarium*. ma pure l'*emphyteusis* nel senso romano, e tal quale era considerata ne' tempi del dritto classico, prima della riforma di Zenone. — *Il Trad.*

Di qui si fa noto il carattere di un dritto reale concedibile ancora *in perpetuum*, e che sarebbe incompatibile colla natura di un semplice contratto di locazione; di qui spiegansi altresì i molteplici dritti che competono all'enfiteuta, come anche le svariate restrizioni, cui vien egli sottoposto a risguardo del concedente, del *dominus emphyteuseos;* le quali tutte cose non possono convenire ad un mero contratto di vendita, nè ad un semplice contratto di locazione; ma derivano da una fusione particolare de' principi che governano cotesti due contratti. E per vero, l'*emphyteuta* consegue non solo il dritto di un pieno ed esclusivo godimento e detenzione del fondo a lui conceduto, ma anche nel tempo stesso il suo possesso giuridico, onde acquista eziandio i frutti con la semplice *separatio* di essi, senza che sia d'uopo della *perceptio* (1). Reale è il suo dritto, sendochè gli competono a difesa le *in rem actiones;* quindi *utiliter* la *rei vindicatio*, e tutte le altre azioni di proprietà. Da ultimo, ei può trasmettere per eredità il suo dritto enfiteutico, alienarlo benanche a suo piacere, sol che le ragioni del *dominus emphyteuseos* non restino offese. Conciossiachè l' enfitensi non è, come la servitù, strettamente e inseparabilmente congiunta a chi ne fu il soggetto in origine. All' incontro, egli deve fornire, in conformità del contratto, certe obbligazioni in rapporto al fondo; tra le quali ce ne ha di quelle che vogliousi dire caratteristiche, giacchè, nella loro generalità, non possono mancar mai là dove si tratti di una vera enfiteusi, nel mentre che molte altre dipendono più dall'accordo de' paciscenti e però hanno un' indole più accidentale. Una delle suddette obbligazioni è quella che ha l'enfiteuta di pagare al *dominus emphyteuseos* l' annuo e pattuito livello, *canon, vectigal*; l' altra, di non deteriorare o far diserti i terreni. In ultimo vien questa, che, volendo ei vendere la sua enfiteusi, deve avvisarne il proprietario del fondo e dargli la preferenza, il *ius protimiseos.* L' inadempimento di questi obblighi e fosse pure di un solo, autorizza il *dominus* a rivocare tutto il *ius in re aliena.* Il che suona lui poter espellere dal fondo l'enfiteuta, e con tanta austerità che questi neppur gli chiederebbe utilmente l' indennizzo de' miglioramenti, *emponemata*, che per avventura avesse fatti in quel podere.

Agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non. Vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur, id est hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat. Non vectigales sunt, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus.

Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem; sed et adversus ipsos municipes. — Ita tamen, si vectigal solvant.

Idem est, et si ad tempus habuerint conductum, nec tempus conductionis finitum sit. Paul., fr. 1-3, D., VI, 3, *si ager vectigalis.*

Adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum em-

(1) V. sopra il §. 97.

tio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. Ut ecce de praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur; id est, ut, quamdiu pensio sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi eius, cuive conductor heresve eius id praedium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quoquo modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quae *emphyteuseos contractus* propriam statuit naturam, neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam. §. 3, Inst., III, 25, *de locat. et conductione.*

§. 112.

Della superficies in particolare.

La *superficies*, come dritto, si distingue dalla *emphyteusis* parte pel suo contenuto, parte perchè è di origine pretoria. La si stabilisce in virtù di un contratto, con cui il proprietario del fondo trasmettle ad un altro il suo sito, la sua *area* o la parte superiore della sua casa, perchè vi costruisca un edificio, od un altro *tabulatum* o *coenaculum superius*, da averlo *in perpetuum* od almeno per lungo tempo, come *superficies*.

Questa costruzione, secondo le regole generali intorno all'acquisto della proprietà, rimane, compiuta che sia, *iure accessionis*, come parte del fondo, a favore del suo proprietario: ma il *superficiarius* consegue tuttavia, per tutto il tempo che fu pattuito, per sè e pe' suoi eredi non solo un dritto personale di credito contro il proprietario del fondo, ma benanco un dritto reale contro i terzi pel compiuto godimento della sua costruzione. Or questo suo dritto, non meno che la eseguita costruzione dicesi *superficies*. Certamente, al modo stesso che l'*emphyteusis*, la si fonda su di un contratto; ma non ha un nome peculiare, nè un' indole così determinata e indipendente, come il *contractus emphyteuticarius*. Essa può essere di varie specie, ora vendita, ora locazione, ora donazione. Guardandosi addentro al contenuto di questo contratto si chiariscono ancora le svariate modificazioni con cui ci si può offrire la *superficies*, tanto che il *superficiarius* pel dritto che gli fu conceduto ora ha da pagare, come affitto, un'annua prestazione, *salarium* o *pensio*, ora pagherà una sol volta il prezzo di compra al tempo dell'acquisto; ora, finalmente, potrà non pagar nulla, mentre simile annua prestazione si attiene all'essenza dell'enfiteusi. A tutela del suo dritto il Pretore accordava al superficiario ed una *in rem actio*, l'*utilis rei vindicatio*, ed un peculiare *interdictum de superficie*.

Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sint, quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum. Gai., fr. 2, D., XLIII, 18, *de superfic.*

Quod ait praetor: *si actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo*, sic intelligendum est, ut, si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet. Ulpian., fr. 1, §. 3 et 4, D. ibid.

TITOLO TERZO.

DEL IUS PIGNORIS.

§. 113.

Introduzione storica.

Dritto di pegno dicesi quel dritto reale, che secondo il suo fondamento, il suo scopo ed obbietto vien dato ad un creditore in una cosa altrui per sicurtà del suo credito, e, secondo il suo essenziale contenuto, consiste in ciò, che il creditore possa a un bisogno far vendere questa cosa e pagarsene col prezzo. Per tal modo si ha un mezzo semplicissimo e molto conducevole allo scopo, qual si è quello di procacciare credito a colui che n' abbia bisogno per sè o per altrî, per mezzo di una cosa che gli appartiene, o della quale ne ha, se non altro, la libera disposizione senza che per ora se ne privi della proprietà. Si accatta, in effetti, sovra pegno con la semplice provvisoria consegna od assegnazione della cosa al creditore affine di satisfare con essa alla propria obbligazione in avvenire.

Simiglianti peculiari mezzi di sicurtà erano, secondo l' antico dritto romano, tanto più necessarî e desiderabili pel creditore, quantochè, per cagione della qualità propria dell'antichissimo procedimento di esecuzione, ei non poteva per regola generale entrare immediatamente nel patrimonio del suo debitore; non si aveva garentia che solo nella persona di lui, e, certo, non senza grande rigore; rigore, che senza dubbio dovea spesso eziandio pel creditore, a pro del quale serviva, contenere in sè qualche cosa di molto spiacevole. Pertanto resa possibile anche dappoi un'esecuzione nel patrimonio del debitore, rimanea pur sempre pel creditore il bisogno di un mezzo di sicurtà *reale*, e che fosse più semplice di quello che gli potea dare la *missio in possessionem* impetrabile dall' autorità. Eppure il dritto di pegno non ha che tardi ricevuto il suo compiuto svolgimento appo i romani.

Ne' primi tempi, colui che cercava credito per mezzo della sua cosa, dovea far uso di molti mezzi artificiali e andar per giri e rigiri a fin di dare al creditore una reale sicurtà. Tale era specialmente la immediata, subita consegna di una cosa nelle mani del creditore in piena proprietà, il *mancipare*, o lo *in iure cedere sub lege remancipationis*, o *sub fiducia*, cioè col patto, che la si sarebbe restituita al mancipante dal creditore tostochè il primo avesse, al tempo opportuno, satisfatto alla sua obbligazione. Anche la stessa cosa, consegnata per tale scopo, diceasi *fiducia*. Ma questo, lasciando stare le altre sue incomodità, aveva uno sconcio non lieve; giacchè davasi, gli è vero, tutta la sicurtà al creditore, ma, viceversa, il debitore non era bastevolmente sicuro da una perdita ingiusta della sua cosa esposta agli atti fraudolenti del creditore in ispreto della *fiducia*. A questa *fiducia* si

riannodava la *usureceptio*, specie particolare di usucapione, bisognevole talvolta al debitore affin di ricuperare la proprietà della sua cosa.

Di qui non fu difficile a breve andare il concepire l' idea di un pegno propriamente detto (*pignus*, *oppignerare*, così detto da *pugnus*) mercè la reale dazione di una cosa al creditore, concedendogli soltanto la facoltà di ritenerla sino all' adempimento dell' obbligazione, e, quando fosse d'uopo, di venderla a fin di avere lo equivalente pecuniario dell' *obligatio*. A questo fine si pensò dapprima di procedere, sotto la forma di una *pignoris capio*, ad un sequestro de' beni del debitore come mezzo di costringimento e di esecuzione (1). E non era lontana allora l' idea di lasciar nascere tale *pignus* pel creditore anche in virtù di una convenzionale dazione della cosa; ma questo dritto di possesso, che il creditore conseguiva nella cosa a lui data in pegno, fondandosi soltanto su di un giuridico rapporto tra lui ed il pignorante, e non essendo garentito rimpetto al terzo da nessuna *in rem actio*, ei non conseguiva una sicurezza duratura ed intera quando perdeva il possesso della cosa impegnata per opera di terze persone.

Il primo passo verso lo stabilimento di un vero dritto reale di pegno fu fatto dal pretore, come quegli che, almeno per un caso determinato, accordò al creditore un'azione reale contro ogni possessore della cosa impegnata, col nome di *actio Serviana*, a fine di ottenerne la restituzione ed esercitare il dritto di pegno. Dappoi quest'azione fu estesa sotto il nome di *quasi Serviana actio*, e per tal modo il dritto di pegno assegui in generale il carattere di un dritto reale. Da quell'ora ogni vero dritto di pegno fu garentito con una *in rem actio*, detta *actio hypothecaria*. Con essa il creditore pignoratizio può vindicare la cosa da ogni terzo possessore per far valere ed esercitare in ogni sua parte il dritto di pegno. Per tal modo s'ebbe pure la possibilità di un' ipoteca che assicurasse il creditore, cioè di un efficace dritto di pegno per mezzo del semplice patto e indicazione della cosa che debba esservi soggetta, senza che il creditore sia posto subito nel suo possesso.

Qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, (*etiam*) soli si sit. Quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem.

Sed cum fiducia contrahatur, aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quod tutius nostrae res apud eum essent, siquidem cum amico contracta sit fiducia, sane omnimodo competit usureceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omnimodo competit, nondum vero soluta, ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usucapio competit. Gaius, *Comm.* II, §. 59-61.

Item inter pignus et fiduciam et hypothecam hoc interest. *Pignus* est enim, quod propter rem creditam obligatur, cuiusque rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor. *Fiducia* est, quum res aliqua, sumendae mutuae pecuniae gratia, vel mancipatur, vel in iure ceditur. *Hypotheca* est, quum res aliqua

(1) V. sopra il §. 64.

commodatur sine depositione pignoris, pacto vel cautione sola interveniente. Isidori, *Origin.*, lib. V, cap. 25.

Item Serviana et quasi Serviana (quae etiam hypothecaria vocatur) ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capiunt. *Serviana* autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur. *Quasi Serviana* autem est, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. §. 7, Inst., IV, 6, *de action.*

Proprie *pignus* dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, quum non transit, nec possessio ad creditorem. Ulpian. in fr. 9, §. 2, D., XIII, 7, *de pign. act.*

§. 114.

Condizioni generali di ogni dritto di pegno.

Dig. lib. XX. tit. 1, de pignoribus et hypothecis. tit. 3, in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. tit. 3, quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt—Cod. lib. VIII. tit. 14, de pignoribus et hypothecis. tit. 15. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. tit. 17, quae res pignori obligari possunt, vel non, et qualiter pignus contrahatur. tit. 22, de praetorio pignore. tit. 24, si in causa iudicati pignus captum sit.

A volere avvisare il dritto di pegno nello stato del suo compiuto svolgimento, esso può presentarsi sotto tre forme diverse, quella di *pignus* nel proprio senso, quella di *pignus praetorium*, e l'altra d' *hypotheca*. Le si differenziano essenzialmente tanto per rispetto al possesso che acquista il creditore sulla cosa data in pegno, quanto per altre non poche particolarità relative alla loro origine ed estensione. Però si avvicinano ed accordano in certe condizioni ed effetti che sono ad esse comuni.

Innanzi tutto ogni dritto di pegno presuppone, come *base essenziale*, la esistenza di un credito legalmente valido, di un'*obligatio* (anche quando essa non sia che una *naturalis obligatio*), che compete al creditore, che dicesi anche per questo *creditore pignoratario*, sia contro colui che costituisce il pegno, sia contro un'altra persona. Questo credito vuol essere appunto assicurato per mezzo del dritto di pegno. E poichè senza il fondamento di siffatto credito non è immaginabile un dritto di pegno, così questo si offre come dritto *accessorio*.

Il dritto di pegno suppone, inoltre, come *oggetto*, una cosa su cui deve sussistere. Secondo il posteriore e libero svolgimento del dritto di pegno, specialmente poi che fu svolta l' idea della *hypotheca*, questa cosa può essere non solo corporea, ma anche incorporale. Ma sempre, conforme al proprio scopo del dritto di pegno, la dev' essere cosa altrui, cioè non del creditore, e capace di commutarsi in pecunia con la sua vendita. Osservate che siensi queste condizioni, nulla rileva che al dritto di pegno sottopongasi una cosa isolata od un intero patrimonio, *omnia bona*, purchè si componga di cose aventi simili qualità. Tuttavia, cotesto general dritto di pegno è da avvisare soltanto sotto la forma del *pignus praetorium* e della *hypotheca*, non sotto quella del *pignus* in senso stretto.

Da ultimo, ogni dritto di pegno presuppone altresì una *causa legittima* di origine, *obligatio rei* in questo senso della parola. Più che spesso la si trova in nna convenzione, con che fu costituito il dritto di pegno da parte del proprietario, e così può costituirsi tanto il *pignus* propriamente detto per mezzo del *contractus pignoris*, quanto una semplice *hypotheca* mediante il *pactum hypothecae*. In questo *dritto di pegno convenzionale* comprendesi ancora il dritto di pegno che si stabilisce col testamento. Una disposizione di giudice può produrre eziandio nn dritto di pegno, parte mediante l'*adiudicatio*, presupposte però qnelle stesse condizioni con cui essa vien a fondare una nuova proprietà, parte in virtù di una *missio in possessionem* accordata al creditore. Imperocchè quando il giudice concede la *inmissio* in tutto il patrimonio od in singole cose del debitore, e il creditore, in conformità di quel decreto, entra effettivamente in possesso, consegue già per tal guisa un dritto di pegno. In tal caso però esso ha sempre la natura di un *pignus praetorium*. A ciò si riferisce in certo modo, sebbene non esclusivamente, anche il *pignus in causa iudicati captum*, sequestro giudiziario de' beni del debitore come mezzo di esecuzione. In fine, specialmente nel dritto romano nuovissimo, il dritto di pegno ha luogo *ipso iure*, da per sè, cioè dire come tacita conseguenza di certi rapporti e di certe date circostanze. Questi legali e taciti dritti di pegno non sono sempre, a dir vero, altra cosa che *hypothecae* nel proprio significato della parola.

Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam, nihil interest. Nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est: nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit; at eam, quae sine traditione nuda conventione tenetur, propriae hypothecae appellatione contineri dicimus. §. 7, Inst., IV, 6, *de action.*

Pignus appellatum a *pugno*, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur; uode etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui. Gai., fr, 238, §. 1, D., L. 16, *de verb. sign.*

Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione, sive mutua pecunia datur, sive dos, sive emtio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum, et sive pura est obligatio vel in diem, vel sob conditione, et sive in praesenti contractu sive etiam praecedat; sed et futurae obligatioois nomine dari possunt; sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte eius, et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali. Marcianus, fr. 5, pr., D., XX, 1, *de pignor. et hypothec.*

Dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione, sive pro aliena. Idem, fr. 5, §. 2, D., eod.

Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest. Gaius, fr. 9, §. 1, D., eod.

Contrahitur hypotheca per pactum conventum, quum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae. Gaius, fr. 4, D., eod.

Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est. Ulpian., fr. 1, pr., D., XIII, 7, *de pign. act.*

Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem

miserit, pignus constitui, quum testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster, cum patre saepissime rescripsit. Sciendum est, ubi iussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem. Ulpian., fr. 26, pr. et §. 1, D., XIII, 7, *de pignoratitia actione*.

In praediis rusticis fructus, qui ibi nascuntur, tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiam si nominatim id non convenerit. Pompon., fr. 7, pr., D., XX, 2, *In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur*.

Et ut plenius dotibus subveniatur, quemadmodum in administratione pupillarium rerum et in aliis multis iuris articulis tacitas hypothecas inesse accipimus, ita et in huiusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris pro ipsa dote praestanda vel rebus dotalibus evictis. Justinianus, c. un. §. 1, C., V, 13, *de rei uxoriae actione*.

§. 115.

Contenuto del dritto di pegno.

Dig. lib. XX, tit. 5, de distractione pignorum et hypothecarum. Cod. lib. VIII, tit. 28, de distractione pignorum. tit. 34, de iure dominii impetrando. tit. 35, de pactis pignorum et de lege commissoria in pignoribus rescindenda.

Quel che forma il contenuto principale del dritto di pegno è la facoltà del creditore pignoratizio di vendere a un bisogno la cosa e satisfarsi col prezzo. Il quale *ius vendendi s. distrahendi* è, dal compiuto svolgimento del dritto di pegno, così intimamente fondato nella essenza di questo, che non può mancar mai senza snaturarne l'idea. Soltanto il creditore può vendere la cosa impegnata solo per satisfazione del credito per cui l'ebbe in pegno; non già per altri crediti che aver potesse contra il medesimo debitore. Per questi ultimi crediti, ei può, tutto il più, esercitare il *dritto di ritenzione*, che è ben diverso dal dritto di pegno. Ma, d'altra parte, pel principio *pignoris causa est individua*, la cosa, tutta quanta essa è, garentisce la esecuzione non solo del credito, per cui venne impegnata, ma anche di ogni minima parte di esso. In niun caso può procedersi alla vendita del pegno se prima non sia scaduta, per lo meno, una parte del debito. Quanto poi al tempo in che si possa vendere la cosa, e per ciò che tiene al modo ed alla forma da osservarsi, conviene por mente alle convenzioni particolari, se pur ve n'ha. Quando che no, le leggi prescrivono esattamente al creditore il procedimento a tenere, ed egli, vendendo, vien risguardato in certo modo siccome un procuratore del debitore. La forma delle vendite giudiziarie non è talvolta osservata che per eccezione. Se poi, seguita la soddisfazione del creditore, avvanza qualcosa oltre del prezzo di vendita, questo *superfluum*, cotal *hyperocha*, su cui niun dritto gli compete, deve consegnarsi al debitore.

Ne' primi tempi, la *lex commissoria*, la clausola cioè aggiunta alla convenzione pignoratizia, che la cosa data in pegno, quando il debito non fosse pagato in un dato tempo, sarebbe dovuta, senza più, divenir subito proprietà del creditore, era non solo efficace, ma co-

munissima e pressocchè osservata come regola. Ma per cagione degli abusi che si commettevano, l'imperator Costantino assolutamente la vietò. Oggidì è sempre mestieri che la cosa formalmente si venda (1).

Ogni creditore pignoratizio, anche là dove, secondo la specie del dritto di pegno che gli compete, non gli fu dato di pretendere subito e durevolmente il possesso, può averlo, cioè ottenere la consegna della cosa impegnata, ma non pria di procedere alla realizzazione del suo dritto, alla vendita che andrebbe ad eseguire. A questo fine egli ha la *in rem actio* menzionata più sopra (2), l'*actio quasi Serviana*, o *actio hypothecaria*, contro ogni terzo possessore. Ed eziandio contro un altro creditore pignoratizio sol quando però il dritto di costui valesse meno del suo (3). Gli compete eziandio allo stesso scopo, ma per un caso speciale, un interdetto, l'*interdictum Salvianum*. Se il suo dritto di pegno è davvero un *pignus* in senso proprio, vera detenzion della cosa, od un *pignus praetorium*, e' può per insin che dura il nesso del pegno pretendere al tranquillo possesso della cosa. Ma anche allora ei non ha verun dritto al godimento od a' frutti dell'altrui cosa, almeno come conseguenza più che intendevole del dritto di pegno. Solo si può, per patto speciale, stabilire un'*antichresis*, ch'è quando il creditore, in iscambio delle usure a lui dovute pel suo credito, può godersi la cosa ed appropriarsene i frutti.

Si pignore creditor utatur, furti tenetur. GAI., fr. 54, pr., D., XLVII, 2, *de furtis*.

Si ἀντίχρησις (*mutuus pignoris usus pro credito*), facta sit, et in fundum, aut in aedes aliquis inducatur, eousque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, quum in usuras fructus percipiat, aut locando, aut ipse percipiendo habitandoque. MARCIANUS, fr. 11, §. 1, D., XX, 1, *de pignor*.

Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui, ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed, ne creditores ius suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere videantur, nostra constitutione consultum est, et certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere, cuius tenore utrique parti, creditorum et debitorum, satis abundeque provisum est. §. 1, Inst., II, 8, *Quibus alienare licet, vel non*.

Si convenit de distrahendo pignore, sive ab initio, sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emtor dominium rei habere. Sed, etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat; ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum, ut solvat et cessaverit. ULPIAN., fr. 4, D., XIII, 7, *de pignor. actione*

---

(1) Quando poi il pegno posto in vendita non trovava verun compratore, o non era accettabile il prezzo offerto, il creditore potea farsene aggiudicare la proprietà per un prezzo determinabile giudiziariamente, *impetratio dominii*. — Nel qual caso il debitore conserva per due anni il dritto di ricompra — Const. 3, §. 2-6, Cod. (VIII, 34), fr. 15, P. D. (XLII). — Cost. 2, Cod. (VIII, 23). — *Il Trad.*

(2) V. §. 115.

(3) V. §. 146.

Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, iure cogitur. PAPINIAN., fr. 42, D., eod.

Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet, infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. CONSTANTINUS, c. 3, C., VIII, 35, *de pactis pignorum et de lege commissoria, caet.*

§. 116.

De'rapporti di dritto in che stanno più creditori pignoratari tra loro.

Dig. lib. XX. tit. 4. qui potiores in pignore vel hypoteca habeantur. — Cod. lib. VIII, tit. 18, qui potiores in pignore habeantur. tit. 19, de his qui in priorem creditorum locum succedunt. tit. 20. Si antiquior creditor pignus vendiderit.

Una medesima cosa può essere al tempo stesso data in pegno a diversi creditori per crediti diversi. Questo non ha nulla di contraditorio in sè e per sè; anzi vuolsi averlo come una grande prerogativa di questa giuridica istituzione, in quanto vien così conferita al proprietario la possibilità di fare l'uso più compiuto del credito, che gli viene dal valore della sua cosa. Nondimeno, cosiffatta possibilità di un cumolo di più dritti di pegno sulla medesima cosa può certamente sminuire il credito del proprietario; sendochè chi deve dare ad imprestito sulla cosa di lui, viene in timore di soffrire, secondo le circostanze, una molesta collisione con altri creditori pignoratari. Il che avviene sopra tutto quando (il che se non certo, è ben verosimile) la cosa data in sicurtà non abbia un valore bastevole a satisfare tutta la somma de' loro crediti. Il pericolo di siffatta collisione è tanto più grande, quantochè nè si può esternamente conoscere se una cosa sia stata ipotecata e per qual somma, nè torna facile assicurarsene anzi tempo, stante la mancanza d' ogni formalità nel contratto di pegno e il gran numero delle legali e tacite ipoteche. Ma, lasciando star questo caso così facile ad avvenire, sorge la gran quistione di vedere chi fra più creditori concorrenti a far valere il loro dritto nella stessa cosa, sia autorizzato direttamente e a preferenza di ogni altro al pieno esercizio di esso, sovrattutto alla *distractio pignoris*.

Il dritto romano risolve tutte queste collisioni nel seguente modo. Ciascun creditore concorrente, conserva prima, dopo, od in compagnia degli altri, secondo certe regole generali, il suo grado determinato, e solo in quest'ordine lo si ammette al pieno ed efficace esercizio del suo dritto. Questo così detto dritto di priorità riposa in generale (senza risguardo ad altra ragion produttrice del dritto di pegno) conforme in tutto alla essenza de' molti dritti di pegno, per cui si scorge un parziale distacco di proprietà avvenuto in tempi diversi, riposa, diciamo, su questo semplice principio, che il più antico dritto di pegno, avuto riguardo al tempo della sua nascita, precisamente a cagione della sua anteriore esistenza è preferibile a tutti gli altri dritti che nacquero dopo e che incolsero la medesima cosa. *Prior tempore,*

potior in iure. Tuttavia questa regola fondamentale soffre una duplice eccezione. V'ha, in effetti, certi dritti di pegno che assolutamente, senza tener conto del tempo in che nacquero, precedono tutti gli altri, e siano anche i più antichi, per virtù di una formale disposizione di legge che li rende privilegiati. Fra queste ipoteche *privilegiate*, alcune son tali anche in modo al tutto peculiare, sicchè venendo in collisione con altre eziandio privilegiate, godono assolutamente una preferenza. Esse sono ordinate a favorire certe persone e certi crediti; e, massime nel nuovissimo dritto romano, si sono accresciute tanto soprammisura che, congiunte a molte tacite e legali ipoteche, il sistema ipotecario de' romani non consegue nel fatto il suo scopo, cioè dire, la sicurtà del creditore, salvo che in maniera molto incompiuta, e presenta in generale un quadro che non gioconda, ma contrista l'occhio dell' osservatore.

Un' altra eccezione, secondo una disposizione dell' Imperatore Leone, vien posta dall' ipoteca detta *pubblica*. Di tal guisa un dritto di pegno, la cui costituzione od esistenza in generale può venir comprovata per mezzo di un pubblico atto, *instrumentum publice confectum*, o per un atto privato soscritto da tre uomini probi, *instrumentum quasi publice confectum*, deve essere, senza aver riguardo alla sua data, preferito a tutti gli altri dritti di pegno, la cui costituzione od esistenza non può mica provarsi con simili atti, ma solo in altra maniera. Il pericolo di una fraudolenta antidata consigliò questa legge; così tal frode è meno temibile nel primo caso che nel secondo.

Quando poi più creditori pignoratari concorrono in un caso particolare, il dritto di alienare la cosa impegnata si accorda soltanto a colui che ha il miglior dritto di pegno, e che per una delle ragioni testè discorse primeggia su tutti gli altri, come *creditor potior*, *prior*, *antiquior*, *anterior*. Ei deve soltanto stabilire se e quando per l'attuazione del suo dritto di pegno vuol procedere alla vendita della cosa. Se egli ha venduto e si è satisfatto col prezzo ritrattone, e qualcosa altra n' avanza, colui che gli vien di presso e che gli è più prossimo, può pretendere il *superfluum*, l'*hyperocha*, sicchè abbia il suo dovere. Quindi vien chiamato l'altro che consegue, e così via via sino che non si esaurisca il prezzo; nel qual caso torna a nulla, siccome ognun vede, il dritto di pegno in riguardo degli altri creditori. Del resto, se uno de' creditori posteriori, *creditores posteriores*, desidera aver egli il dritto di alienare la cosa, può ciò asseguire sol che paghi al creditore che occupa il primo grado tutto intero il suo credito. Allora ei compra per sè il dritto di pegno, e succede *ipso iure* nel luogo suo ancora ch' ei non voglia. Questo dritto che si addimanda *ius offerendi et succedendi* può nel fatto dare molteplici utilità a chi ne voglia far uso.

Nam quum de pignore utraque pars contendat, praevalet iure, qui praevenit tempore. Antoninus, c. 2, C., VIII, 18, *qui potiores in pignore habeantur*.

Interdum posterior potior est priori, utputa, si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit, veluti si navis fuit obligata et ad arman-

dam eam rem, vel reficiendam ego credidero. Ulpian., fr. 5, D., XX, 4, *qui potiores in pignore.*

Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri..., si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur ; tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. Leo, c. 11, C., VIII, 18, *qui potiores in pignore habeantur.*

Qui pignus secundo loco acceperit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit, aut quum obtulisset, isque accipere noluisset, eam obsignavit et deposuit, nec in usus suos convertit. Severus et Antoninus, c. 1, C., eod.

§. 117.

Estinzione del dritto di pegno.

Dig. lib. XX, tit. 6 quibus modis pignus vel hypotheca solvitur—Cod. lib. VIII, tit. 26, de remissione pignoris. tit. 31. de tuitione pignoris.

La estinzione del dritto di pegno si collega intimamente con le essenziali condizioni su discorse, giacchè non può durare più oltre sol che una di esse venga meno. Laonde nella sua qualità di *ius in re* lo si estingue per la distruzione del suo oggetto, della cosa impegnata. E tale distruzione dev'essere stata totale, chè sino a quando qualcosa ne resta, il dritto di pegno continuerà; *nam pignoris causa est individua.*

Estinguesi, inoltre, nella sua qualità come *ius in re aliena*, tostochè la cosa cessa di essere aliena nel suo rapporto col creditore. Quel che divien nostro accresce il nostro patrimonio ; ma non può servire di sicurtà a'nostri crediti. Eziandio, cessa, nella sua qualità come dritto *accessorio*, non sì tosto il credito assicurato mercè il pegno venga in qualsivoglia modo ad estinguersi interamente, chè non avrebbe più scopo. Bisogna solo che il credito siasi del tutto estinto realmente e in tutta la sua estensione. Poichè, ancor quando ne resti una parte per piccola che sia, il dritto di pegno continuerà ad esistere così esteso come per lo innanzi. *Nam pignoris causa est individua.* Inoltre, dalla essenza del dritto di pegno risulta che esso si estingue asseguito che se ne sia lo scopo, cioè dire, come prima la cosa impegnata siasi legalmente venduta per estinguere l' obbligazione contratta verso il creditore di primo ordine ; onde per tal modo anche il dritto di pegno di tutt'i creditori posteriori si annienta.

Una qualità propria del dritto di pegno pretorio, il quale si costituisce per decreto giudiziario d'immissione, è che esso si estingue colla rivoca di questo decreto.

In ultimo, è legge che colui, il quale prescrive la proprietà di una cosa altrui *longo tempore*, prescrive eziandio al tempo stesso con la cosa la libertà di essa, sottraendola da' dritti di pegno che vi gravitavano a favore di altre persone, od acquista almeno una eccezione non vanamente sperimentabile. Solo a chi prescrive è mestieri l'essere sta-

to *in bona fide*, cioè che nell' acquisto della cosa abbia ignorato l' esistenza de'dritti di pegno che vi gravitavano.

Sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto pignus hypothecave perit. MARCIANUS, fr. 8, pr., D., XX, 6, *Quibus modis pignus solvitur.*

In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris ius extinctum sit dominio adquisito; neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. PAULUS, fr. 30, §. 1, D., XLIV, 2, *de exceptione rei iudicatae.*

Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus, usurae non currunt. IDEM, fr. 18, D., XLVI, 2, *de novationibus et delegationibus.*

Item, si ita stipulatio facta sit: si fundus Titianus datus non erit, centum dari? nisi totus detur, poena committitur centum; nec prodest partes fundi tradere, cessante una; *quemadmodum non prodest ad pignus liberandum, partem creditori solvere.* IDEM, fr. 85, §. 6, D., XLV, 1, *De verborum obligationibus.*

Si vendidisset, qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non posset. ALEXANDER, c. 1, C., VIII, 20, *Si antiquior creditor pignus vendiderit.*

SEZIONE SECONDA.

DEL DRITTO DELLE OBBLIGAZIONI, O TEORIA DEL DRITTO DI CREDITO

CAPITOLO PRIMO.

PRINCIPJ GENERALI DELLE OBBLIGAZIONI

§. 118.

Idea delle obbligazioni.

Inst. lib. III. tit. 13, de obligat. — Dig. lib. XLIV, tit. 7, de oblig. et action. Cod. lib. IV, tit. 10, de obligationibus et actionibus.

Con le dottrine sin qui discorse intorno a' dritti che ci competono nelle cose ed a'rapporti giuridici che ne derivano, si collega molto naturalmente quel rapporto giuridico che i romani esprimono con la voce *obligatio*, e che noi oggidì sogliamo appellare rapporto di credito e di debito. Esso si stabilisce, secondo la sua essenza e il suo contenuto, infra due determinate persone, l' una delle quali detta *creditor*, ha il dritto di pretendere, di chiedere una data prestazione dall'altra che vi è obbligata, e ch'è detta perciò *debitor*.

Col patrimonio e in particolare con la proprietà, come al più originario e più natural dritto di patrimonio, si connettono strettissimamente le obbligazioni sotto moltiplici rapporti. Poichè la prestazione, che il creditore ha facoltà di chiedere al debitore, è diretta ed acconcia ad accrescergli il patrimonio la mercè del valore pecuniario che ha per lui. Per tal modo essa ci si offre come un'artificiale estensione della proprietà, ed ha pressochè spesso lo scopo di recare mediatamente una nuova e vera proprietà. Inoltre, la giuridica possibilità di far nascere

consimili rapporti d' obbligazione, di *contrahere*, si appresenta come un semplice e necessario mezzo per tutta la commerciabilità del patrimonio e della proprietà. Quindi come ce ne ammaestrano l'esperienza e la storia, il dritto d'obbligazione si svolge quasi contemporaneamente con la idea della proprietà, almeno tostochè questa idea si è sviluppata sino ad un certo grado. Per questa ragione il dritto delle obbligazioni comparisce come una seconda parte completiva del dritto di patrimonio.

Sebbene la parola *obligatio* sembra di avere indicato da principio più semplicemente l' atto, l' avvenimento che produce cotal rapporto di dritto, pure si estese via via la sua significazione. Ed in vero essa indica egualmente, e tutto il rapporto di dritto già fermato tra il creditore e il debitore, ed il risultato e l'essenziale contenuto di esso, cioè dire, da una parte il dritto che ha il creditore a pretendere la prestazione dal debitore, il credito, dall' altra il corrispondente obbligo che ha il debitore di fornire la prestazione al suo creditore.

A questa condizione di una persona che *obbliga*, e di una persona che è *obbligata* verso di un'altra, nel che sta l'essenza del rapporto d' obbligazione, riferisconsi caratteristicamente le molteplici espressioni figurative che nelle sorgenti, specialmente in quelle dell' antico dritto romano, si trovano adoperate a questo proposito: *nexum*, *nectere*, *obligatio*, *obligare*, *contractus*, *contrahere*, *adstringere*, *vinculum iuris*.

Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura. Princ. Inst. III, 13, *de oblig.*

§. 119.

Obbietto e contenuto dell' obligatio in generale.

L'obbietto dell' obbligazione non è mai sempre direttamente una cosa determinata, ma solo un atto determinato, una prestazione che il creditore ha da chiedere dal suo debitore e dalla sua *persona*. L'idea di siffatto dritto unicamente diretto sulla *persona* del debitore e su l' *atto* di lui, tal quale compete al creditore in virtù dell'*obligatio*, è mantenuta così rigorosamente dal dritto romano; massime dal più antico, che una coazione pel pagamento e per l' esecuzione della dovuta prestazione vien ammessa soltanto contro di questa stessa persona, non medesimamente contro il suo patrimonio, con cui non potea direttamente far nulla il creditore. E ciò è perdurato pur molto, sino a che, finalmente, fu permesso il rivolgersi contro i beni come fine e mezzo di esecuzione.

Senza dubbio questa prestazione deve essere sempre fisicamente e giuridicamente possibile, chè altrimenti una coazione giuridica non si saprebbe pensare. Inoltre, è d'uopo che abbia pur sempre un valore pecuniario, quantochè è diretta od al pagamento di una somma pecuniaria, od alla consegna di altre cose utili, o finalmente ad atti, che

quando pur non consistano nella dazione di una cosa, tuttavia sono acconci a costituire una pecuniaria utilità per colui che qual creditore deve chiederli. Di qui si vede che la prestazione debb'essere sempre sì fatta, che il creditore effettivamente vi abbia un reale interesse giuridico a domandarla. Da ultimo, tal prestazione, se è vero che il rapporto d'obbligazione non debba perdere il suo carattere, non dev'essere rimessa alla pura volontà del debitore o del creditore nè quanto alla sua specie, nè quanto alla sua estensione. In fine aver deve eziandio tutte le sue parti bene determinate, sendochè l'essenza della *obligatio* sta in ciò, che per mezzo della compiuta consegna dell'obbietto del debito tutto il rapporto di dritto tra il creditore e il debitore si dissolve di per sè stesso. Solo, per verità, mentre l'antico dritto romano era più che rigoroso per la determinazione della prestazione, il nuovo dritto è contento ch'essa abbia una compiuta *determinabilità giuridica*. A questo egli accenna quand'anche si parli di quelle obbligazioni che sono dirette ad un *incertum* in contrapposto del *certum*.

Or quando la prestazione ha le qualità già esposte, il possibile contenuto dell'*obligatio* può nel resto essere più che svariato. I romani cercano di riassumerne i varî casi nel loro sistema, giacchè riducono tutte quante le obbligazioni ad un *dare*, ad un *facere*, ad un *praestare*. Le quali espressioni nelle nostre fonti giuridiche in parte hanno un generale e volgare significato indicando ogni sorta di prestazioni, in parte e non di rado, in una più tecnica accezione, ne dinotano soltanto certe specie determinate.

Appunto sulla diversità delle prestazioni si fondano in gran parte le proprie qualità de' diversi rapporti d'obbligazione che si distinguono dal dritto romano; ed anche per questo noi non discorreremo altrimenti di sì fatte diversità che trattando specialmente di ciascuna di queste obbligazioni. Tuttavia noi possiamo, anzi dobbiamo qui rilevare due obblighi di prestazioni, come quelli che sono di una natura più generale, e che occorrono egualmente in moltissime obbligazioni. L'uno è quello di risarcire i danni, l'altro è pel debitore che ha da pagare le usure.

Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat, ad *dandum* aliquid, vel *faciendum*, vel *praestandum*. Paulus, fr. 5, pr., D., XLIV, 7, *de obligationibus et actionibus*.

In personam actio est, quotiens cum aliquo agimus, qui nobis ex contractu, vel ex delicto obligatus est, id est, quum intendimus: *dare, facere, praestare* oportere. Gai., *Comm.* IV, §. 2.

Ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui, praestarique possunt. Ulpian., fr. 9, §. 2, D., XL, 7, *de statu liber.*

Alteri stipulari nemo potest. Inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat, quod *sua interest;* ceterum, si alii detur, nihil interest stipulatoris. §. 19, Inst., III, 19, *de inutilibus stipulationibus.*

§. 120.

Dell' obbligazione di risarcire i danni in particolare.

Dig. lib. XXII, tit. 1, de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora. — Dig. lib. XX, tit. 3, de in litem iurando. — Cod. lib. V, tit. 53, de in litem iurando. — Cod. lib. VII, tit. 47, de sententiis, quae pro eo, quod interest, proferuntur.

La sola circostanza di aver sofferto un danno nel nostro patrimonio non produce per sè alcuna ragione giuridica, per la quale noi possiamo pretendere che il terzo ce ne ristori, *damni praestatio*; chè ci ha moltissimi casi in cui ci è forza tollerare il danno che ci è toccato. Ciò vale assolutamente e sempre di quel danno patrimoniale, che noi stessi cagioniamo, cioè volontariamente, o per effetto della nostra negligenza., Il medesimo è a dire, per regola, di quella perdita patrimoniale che ci coglie per un puro caso, *casus*, per una *vis maior: nam casus a nemine praestantur*.

Generalmente ogni pretensione contro di un altro pel ristoro di un danno patrimoniale da noi sofferto presuppone una speciale ragione giuridica, per la quale e'sia rimasto tenuto ad indennizzarcelo. Naturalmente può esservi una tal causa quando altri ci abbia assicurato di un indennizzo vuoi prima, vuoi dopo che il danno seguisse. Ma la si può trovare benanco in certe generali prescrizioni di legge. Al tutto precipua si è quella per la quale chi in un singolo caso con un suo fatto non consono al dritto, danneggia la proprietà altrui, deve risarcirne il danneggiato sol ch'ei lo chiegga. Di quegli atti illeciti che fondano indipendenti obbligazioni nascenti da delitti, *delicta*, si farà più giù una speciale menzione. Ci possono essere eziandio atti illeciti, i quali sebbene non producano simili indipendenti obbligazioni per delitto, tuttavia hanno virtù di obbligare, in quanto che per cagion di una colpa che vi risiede, offendono un' altra obbligazione già esistente, ed allora si aggiungono a questa, allargandone in certo modo od altramente cangiandone il contenuto.

In generale, chiamasi *culpa* ogni fatto illecito, contrario al dritto, consista in un' azione positiva od in una semplice inazione, per cui l' agente è giuridicamente responsabile di certe conseguenze che ne derivano. Intanto al modo stesso che tali conseguenze possono essere assai diverse, ancor essa la responsabilità, giuridicamente considerata, può esserlo egualmente; a ciò è da riferire l' obbligo in cui giustamente si viene di soggiacere ad una pena criminale, o di pagare una pena privata (1). Ma qui, ove direttamente discorriamo dell'obbligo al ristoro del danno, la colpa presuppone un fatto, con che siasi causato comecchesia un danno nell' altrui patrimonio, *damnum*.

---

(1) V. §. 143.

Questa *culpa*, nel senso lato della parola, si divide, per rispetto alla specie ed al grado di *colpabilità*, in *dolus* e in *culpa* in senso stretto.

Il dritto romano intende per *dolus*, sotto questo rapporto, non già la sola malizia, ma in generale ogni danno ad altrui commesso con intenzione e scientemente, in quanto che esso risulta nel tempo stesso da un motivo moralmente riprovevole. Ogni atto, che non cada sotto questa idea del *dolus*, sia che vi manchi una o più di queste condizioni, il che però, sotto un altro rispetto, porta sempre con sè il carattere della colpa e dell' ingiustizia che ci fa responsabili, dicesi *culpa* in contrapposto col *dolus*. Del resto, poichè certe forme di *culpa* non già incondizionatamente nè certo sotto il rapporto della punibilità, ma rispetto alla privata responsabilità si considerano come *dolus*, ed a questo si equiparano, riesce facile a comprendere l'espressioni che si rinvengono nelle sorgenti di dritto : *culpa dolo proxima*, *culpa, quae dolo aequiparatur*. Anzi una certa *culpa* vien molto spesso appellata *dolus*, nel senso lato della parola.

Il *dolus* e la *culpa* presuppongono entrambi, come atto, da parte di colui al quale si addebitano, non solo una *giuridica imputabilità*, ma come ingiustizia, anche il dovere giuridico dell' agente ad un atto precisamente contrario. In quest' ultimo rapporto si manifesta però non poco importante la differenza che corre tra i positivi atti dannosi, e le semplici omissioni là dove, secondo le circostanze, si sarebbe potuto slontanare un danno sol che si fosse operato.

E per vero, dappertutto e in tutte quante le occasioni si è responsabili de' propri atti nocevoli e positivi, sieno dolosi o colposi ; nulla rileva se in quest' ultimo caso si possa fare all' agente il rimprovero di una grande o minima colpa ; basta solo che vi sia colpa. La ragione si è, che qualsivoglia danno prodotto da un fatto positivo, *facere*, si oppone direttamente al generale principio di dritto : *neminem laede*. Su ciò si adagia la disposizione della *lex Aquilia*, e lo speciale delitto che essa mira a reprimere, il *damnum iniuria datum*, di cui parleremo qui appresso (§. 148).

Ma non è a dire il medesimo per la semplice inazione. Imperocchè nessuno è obbligato, per un generale principio di dritto, verso i suoi concittadini ad una positiva ed operosa vigilanza a fin di slontanare il danno che minaccia altre persone ; nessuno, in somma, è tenuto di avere una *diligentia*, in questo tecnico senso della parola. Solo vien fatta una eccezione là dove qualcuno per motivi particolari abbia acquistato un dritto speciale a pretendere cotal *diligentia* da una determinata persona ; in tal caso l' *omissio diligentiae*, spesso detta altresì *negligentia* sotto questo rapporto, rende responsabile colui, al quale la si rimprovera. Secondo la regola, simile dritto di pretendere la *diligentia* non altrimenti si costituisce che per mezzo di speciali rapporti di obbligazione tra persone determinate, e conforme alla specie di questi rapporti misurasi la più o men grande estensione dell' obbligo a tal *diligentia*, e così scorgesi qual grado di operosa di-

ligenza si possa legalmente pretendere dalla persona obbligata. Si è sempre poi responsabili di un atto veramente doloso anche nel caso di omissione. *Dolus semper praestatur*. Per contrario, il dritto romano, nella quistione di sapere sino a qual punto debbasi rispondere per la semplice *culpa*, sin dove siam pur tenuti di prestare la *culpa*, suol distinguerne due gradi, la *lata* e la *levis culpa*. Per la prima si è tenuti sempre ed assolutamente in ogni sorta d' obbligazioni; per l'nltima solo qualche volta e in certe obbligazioni, in ispecialità, non esclusivamente, in virtù di tutte quelle obbligazioni, dalle quali, secondo la loro generale natnra, abbiamo da attendere un vantaggio, sia per noi soli, sia che lo si abbia comune con quell' altro con cui stiamo in quel dato rapporto di obbligazione. Sotto il nome di *lata culpa* si comprende ed ogni torto fatto con intenzione e scientemente, purchè non ricada sotto l' idea del *dolus* propriamente detto, ed ogni pregiudizio cansato da semplice ma supina inavvertenza, *dissoluta negligentia*. Chi, per contrario, deve prestare la *levem* od *omnem culpam*, risponde eziandio delle minime disaccortezze ed inavvertenze. Questo, per altro, secondo la veduta de' romani, pratica e ragionevole ad un tempo, ha i suoi naturali confini. Poichè anche colui che è responsabile per ogni colpa, fosse pnre menomissima, è libero da ogni responsabilità sol quando, nel fatto controverso, abbia proceduto come un *bonus paterfamilias*, cioè come un uomo discreto, cauto e considerato suol condursi in casi consimili, ginsta l' esperienza comune. Non più di qnesto si può pretendere da alcuno; per guisa che un danno intervenuto, non ostante la consueta diligenza del padre di famiglia, si considera non addebitabile, ma puramente accidentale ancor quando si sarebbe potuto evitare la mercè di estremi sforzi od espedienti straordinarî. Tanto zelo non si può volere da un *bonus paterfamilias*. Questa è la regola. Intanto, talvolta, per eccezione, nella estimazione della responsabilità e del fallo di una persona si adopra un altro criterio. Si guarda, cioè, non tanto a quel generale modello di un *bonus paterfamilias*, quanto direttamente agli abiti individuali di quella tale persona, al modo ond' ella suol condursi nelle sue proprie faccende. La sua condotta verso di un altro le s' imputa solo in que' casi, ne' quali è stata più disaccorta nelle faccende altrui, che non suol essere nelle proprie. Allora si pretende da lei non già nn altissimo grado di diligenza e di attenzione, ma solo *talem diligentiam, qualem in suis rebus adhibere solet*.

Quando poi siasi sofferto un danno, la cui riparazione si può chiedere da un altro, la sua valutazione, la stima dell'*id quod creditoris interest*, si fa diversamente, secondo richiedono le circostanze. Ora, ed è questa la regola generale, la si fa per mezzo di un compnto e di una tassagione giudiziaria; ora, per eccezione in singoli casi, tal valutazione vien fatta molto sommariamente, cioè solo per mezzo della semplice affermazione giurata del danneggiato, la quale vien detta *iuramentum in litem*. L' ultimo modo presuppone sempre parte che l' importo del danno da liquidare non sia per alcuna guisa determinabile, parte

che chi deve risarcirlo sia colpevole evidentemente di *dolus*, o di *lata culpa*, o di *contumacia*, e parte finalmente mette per vere molte altre particolarità inerenti all' atto obbligatorio. Anche il giudice può a un bisogno, prima o dopo che siasi giurato, moderare il valore del danno da esprimere o già espresso col giuramento.

Quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire. Pompon., fr. 203. D., L, 17, *de reg. iur.*

Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet. Paul., fr. 151, D., eod.

Quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint (in quibus etiam aggressura latronum est), nullo bonae fidei iudicio praestantur. Alexander, c. 6, C., IV, 24, *de pignoratilia act.*

Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt. Ulpianus, fr. 213, §. 2, D., L, 16, *de verb. sign.*

Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret. Nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit. Celsus, fr. 32, D., XVI, 3, *depositi.*

Haec actio dolum malum duntaxat exigit;... lata culpa plane dolo comparabitur. Ulpianus, fr. 1, §. 1, D., XI, 6, *si mensor.*

In lege Aquilia et levissima culpa venit. Idem, fr. 44, pr., D., IX, 2, *ad legem Aquiliam.*

In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. Ita, ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit. Gai., fr. 18, pr., D., XIII, 6, *Commodati vel contra.*

Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam... ; sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus, vel minus, in singulis contractibus ; nam hoc servabitur, quod initio convenit ; legem enim contractus dedit ; excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur ; hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est ; et ita utimur. Ulpianus, fr. 23, D., L, 17, *de reg. iur.*

Culpa autem abest si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Gai., fr. 25, §. 7, D., XIX, 2, *locati.*

Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est, desidiae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit etenim, talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet. Idem, fr. 72, D., XVII, 2, *pro socio.*

In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei iudiciis in litem iuratur... Sed in his omnibus ob dolum solum in litem iuratur, non etiam ob culpam ; haec enim iudex aestimat. Marcianus, fr. 5, D., XII, 3, *De in litem iurando.*

§. 121.

Dell' obbligazione del debitore pel pagamento degl' interessi in generale.

Dig. lib. XXII. tit. 1, de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora — Cod. lib. IV. tit. 32, de usuris.

Solo nel debito di un capitale, cioè là dove alcuno è debitore di una qualità di *res*, *quae numero*, *pondere*, *vel mensura consistunt*, si

può discorrere di una vera obbligazione di pagare gli interessi. Poichè di questo capitale, *sors, caput*, il debitore ha da pagare gl' interessi, *usurae, foenus*, come una specie di prezzo di locazione per l'uso, per l' *usus* della somma che egli ebbe, o di cui privò il creditore per alcun tempo. Essi consistono in cose della medesima specie di quelle che formano il capitale, e sono calcolati esattamente per ogni determinata frazione di esso; la loro quantità vien poi fissata in ragione della grandezza del capitale medesimo e del tempo, durante il quale il creditore ne fu privo. I romani ponevano qui come regolo del loro calcolo la somma di 100, *centum*, come capitale, e lo spazio di un mese come durata. Di qui si spiega tutta la terminologia che si rinviene nelle sorgenti del dritto romano e la denominazione di ciascuna tassa d' interesse. Quindi le *centesimae usurae*, il 12 per 100; *tertia pars centesimae*, o *trientes usurae*, il 4 per 100; *dimidia pars centesimae*, il sei per 100; *bes centesimae*, o *besses usurae*, l' otto per 100 l'anno.

Sebbene il dritto romano riconobbe ed ammise molto per tempo gl' interessi, tuttavia ciò non importa che ogni creditore di un capitale per cotesta sua qualità possa pretenderli dal suo debitore, ma è bisogno che vi sia una speciale ragion d'obbligazione perchè glieli paghi. Essa può risultare o dalla propria volontà del debitore, quando egli promette per contratto o per qualsivoglia altro modo di giuridica obbligazione di pagarli, *foenus* nel senso proprio, cioè gl' *interessi convenzionali*, o da una clausola testamentaria che ve l' obblighi, od in fine da una generale disposizione di legge, per cui ogni debitore di un capitale dev' essere in certi casi obbligato puramente e semplicemente a pagarli. Così specialmente (solo però ne' *bonae fidei negotiis*), la *mora* deve obbligare il debitore di un capitale a pagare gl' interessi moratori, *usurae morae*. Di questi interessi legali suol dirsi *officio iudicis praestantur* (1).

Già da principio, poichè la cupidità ebbe cominciato a pungere gli animi de' romani, gl'interessi furono abusivamente ingranditi dai ricchi creditori per opprimere, anche per iscopo politico, i debitori poveri; il che fu cagione di molteplici restrizioni legali degl' interessi, la cui violazione o dispregio costituiva per gli *usurai*, minacciati eziandio di pene speciali, la così detta *usuraria pravitas*. L' assoluta proibizione degl' interessi, generalmente mentovata dagli storici, o fu posta soltanto per certe specie di contratti usurarî, o non fu che transitoria. Per contrario il ricevere usure soggiacque a svariate legali restrizioni d'altra specie. Ed in vero, primamente il creditore non deve oltrepassare la misura degl' interessi determinata dalla legge. Soltanto, per verità, questa misura legale, che specialmente si riferisce agli

---

(1) L. 13, §. 20, D. de A. E. V. (XIX. 1): *veniunt autem in hoc iudicium usurae pretii post diem traditionis, nam cum re emtor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere. — Il Trad.*

interessi convenzionali, in processo di tempo variò più volte. Così le leggi delle XII Tavole devono aver fissato il *foenus unciarium* come la più alta misura d' interesse, e le leggi posteriori ridottolo alla metà, al *foenus semunciarium*. Ma noi non sappiamo in che questo consistesse. Dopo molte disposizioni date fuori in questo frattempo dalla *libera respublica*, tra cui vengono con ispecialità indicate una *lex Licinia* dell'anno di Roma 388 (383?), una *lex Duillia Menenia* dell'anno 398 (393?) una *lex Genucia*, una *lex Gabinia* del 687, e anche dopo molte altre costituzioni imperiali escludentisi a vicenda, Giustiniano ha fissato un *maximum* per gl'interessi convenzionali, mettendo in considerazione e la specie del capitale secondochè sia in pecunia, o in cose d'altra natura, segnatamente in frutti, e la persona che dà in prestito e la sua condizione. Secondamente è vietato ricevere l' interesse dell'interesse, il che dicesi *anatocismus*. Finalmente, gl'interessi già maturi non possono mai sorpassare *l'alterum tantum*, e quel che eccede s'imputa sul capitale; il che Giustiniano volle estendere finanche agli interessi già pagati in conto con una (non glossata) novella (1).

---

(1) Non sarà discaro, crediamo, legger qui tutto intero riprodotto il §. 261 delle Istituzioni del Puchta, sendochè in esso è men brevemente esposta questa parte importante del dritto romano, e, ch' è più, oltre le nozioni storiche, vi trovi ancora di buone ragioni per ispiegare il *foenus unciarium*.

Il debitore di un capitale può essere obbligato a dare al creditore una somma come un equivalente dell' uso che ei ne fa sino alla effettiva restituzione; questo equivalente prende il nome d' interesse, *usurae*. L' obbligazione degl' interessi può fondarsi su di un fatto giuridico, che la costituisce (interessi *ex obligatione*); oltre che, può ben essere consono al dritto che il giudice condanni un debitore a pagare un interesse, sebbene per niun atto giuridico sia convenuto, nè per niun patto promesso; il che, per es., è quando il debitore con indugio illegale omise di pagare il creditore, ovver quando si ammetta un tacito obbligo come intenzione delle parti: allora suol dirsi: *officio iudicis usurae praestantur* (i così detti interessi legali).

L' obbligo degli interessi non è mai materialmente indipendente; esso presuppone sempre un altro debito, il capitale (*sors, caput*), a cui si riferisce come accessione. Ma importa non poco il distinguere se tal debito sussista come una particolare obbligazione (benchè accessoria), o se esso sia soltanto (il che sempre avviene ne' così detti interessi legali) un' ampliazione dell' obbietto dell' obbligazione principale. Qui non sarà valido se non col debito e nel medesimo debito principale; quindi presuppone che quest' esso sia generalmente capace di tale ampliazione (come la *bonae fidei obligatio* a cagion della mora), e l' azione, che ne risulta, sia pur essa ammissibile; se, per es., l' attore non si fosse curato di chiedere gl'interessi allorchè intentò l'azion principale, egli non potrebbe poi chiederli suppletoriamente, perchè non ha un' azione particolare: quella che nasce dall' obbligazione principale rimane esaurita per l' uso già fattone una volta. D' altra parte, la estinzione del debito principale impedisce, a dir vero, l' ulteriore nascita degl' interessi, attesa la loro materiale ed accessoria natura; però questo non concerne gli arretrati, sendochè un' obbligazione esistente per sè, una particolare azione indipendente dalla principale sussiste a loro riguardo.

La misura degl' interessi, quanto a' legali, ora è fissata da quella stessa regola di dritto, su cui l' obbligazione si fonda, ora va ad essere determinata dal giudice; quanto poi agli interessi *ex obligatione*, la loro quantità vien dichiarata con l' atto giuridico che li stabilisce. La legislazione non fu tarda a levarsi contro gli avidi capitalisti, i quali riscotendo stragrandi usure, abusavano i bisogni di quei

Foenus... a foetu quod crediti nummi alios pariant, ut apud Graecos eadem res τόκος dicitur. Festus, v. *foenus*.

che chiedevano credito; ella pose una legale misura per esse, cioè un *maximum* da non sì dover eccedere. Pria di tutto, questa sanzione fu fatta pel caso più ordinario dell' obbligazione d'interessi, pel contratto ad interesse (*foenus*); nondimeno questo limite si è disteso ad altri interessi. L' usura tiene gran campo nella storia politica di Roma: nè torna grato a' nostri sentimenti di decoro e di dignità il veder che noi facciamo la più antica aristocrazia con titoli di debito e con computi d'interessi, quali armi offensive, insorgere contro il restante del popolo. Certo, un grande incitamento a far questo erano gli antichi costumi, pe' quali il mestiero del commercio tenevasi a vile dal cittadino nato libero; il perchè non altro rimaneva a' ricchi, che l' impiegare i capitali ad usura, ed in beni stabili. Per le quali due cose essi fecero l' estremo di lor possa; eppure, in fondo, la prima nocque meno.

La più antica misura legale d' interessi, di cui si faccia menzione, è il *foenus unciarium*, che ridottosi di poi alla metà, fu detto *foenus semunciarium*. Tacito ascrive l' introduzione del primo alle XII tavole; Livio riferisce nell' anno 398 essersi vinto un plebiscito *de unciario foenore*, Duilio e Menenio autori, e nel 407 introdotto il *foenus semunciarium*. Non v' ha nessuna ragione per dubitare dell' aggiustatezza dell'asserzione di Tacito; e sebbene e' sembra che Livio nella precedente notizia sulla legge Duilia abbia voluto parlare di una prima introduzione di questa misura d' interesse, ciò non impedisce di ammettere che questa legge, quand' anche non contenesse una nuova inculcazione, pure avesse avuto per iscopo di rimuovere tentativi ordinati a far vano e di niun effetto quel che era legalmente statuito, o di dar nuove norme rispetto alle persone od al modo del computo. Prima fu creduto da' più che il *foenus unciarium* rispondesse all'uno per 100 l' anno. A questa strana conclusione (poichè l' un per 100 come *maximum* sarebbe lo stesso che un divieto dell' interesse, e quindi ridevole la susseguente riduzione alla metà) si è venuto a questo modo: si prese l' *uncia*, da cui questo *foenus* piglia nome, come parte 12. dell' *asse;* quest'*uncia* doveasi mensilmente pagare; quindi ogni anno un asse per ogni cento. Questa totalità, a cui tutto si riduce, sarebbe in conseguenza non allegata per contrassegno di una misura d'interesse, ed i romani avrebbero notata la quantità degl' interessi con una parola, che non ce l' indica, e solo esprime il termine di essi, ossia il pagamento in rate mensili. Niebuhr ha risoluta la cosa nel modo più semplice. *Foenus unciarium*, significa gl' interessi che consistono in una 12. parte. L' intero, di cui questa credesi quota, non può essere altro che il capitale, poichè nessun' altra totalità ci viene espressamente indicata, come pur questo è il caso della posteriore *centesima usura*. Or se fosse presupposta una 12. parte mensile, si darebbe luogo ad una misura d' interessi del 100 per 100 l' anno, la quale per la sua grandezza non può aversi per ragionevole; e tale sarebbe ancor quella dell' uno per 100 per la sua picciolezza. Ma di tale presupposto noi non abbiamo affatto bisogno: anzi è cosa ben accettabile ammettere un annuo computamento, per cui il *foenus unciarium* si riduce ad una simile 12. parte del capitale, cioè all' 8 1/3 per 100, siccome è verosimile, pel romuleo anno di 304 giorni.

Un plebiscito di Genucio del 412 deve aver proibito in generale il contratto di usura. Che questo divieto sia stato di nuovo rivocato, non si sa per alcuna notizia; il vero è che nel VII secolo non era più in vigore; si narra che nel 665 il pretore Asellio dovè pagare con la vita il tentativo di richiamare in vigore le antiche leggi. Si potrebbe pensare che quella legge Genucia avesse ordinato l' abolizione degl' interessi solo in grazia de' debitori di quel tempo, nel modo stesso che la legge Licinia del 387 invalidò i già esistenti contratti ad interesse, mentre oltre al doversi sbattere dal capitale quel che si fosse pagato per conto delle usure, statuì senza dubbio di non potersi chiedere quelle che ancor fossero insolute. Pure ei sembra appena possibile che un legislatore si fosse potuto confidare di estinguere il prestito ad interesse senza offrire un altro mezzo in suo luogo non solo a'capitalisti, ma anche a' bisognosi di credito.

Usura est incrementum foenoris, ab usu aeris crediti nuncupata. Isidor., *Orig.*, V, 25.

Pertanto, questa verità e l' origine del dritto posteriore si mostrano in un'altra luce quando ci facciamo ad esaminar più dappresso le antiche leggi sugl' interessi. Difatti, non conviene perder di vista due restrizioni, cui essi sottostanno. Pria di tutto, quelle leggi erano solo applicabili a' mutui ad interesse tra cittadini romani; que' che facevansi tra cittadini e Latini o Pellegrini non erano ad esse sottoposti. Questo fu cagione che si adoprassero i non cittadini come persone interposite a fine di render vana sì fatta disposizione; fino a che la legge Sempronia del 561 pose un termine a queste frodi, assoggettando eziandio i non cittadini a'romani statuti concernenti le usure. Coteste leggi non erano forse applicabili che per l' Italia; sicchè un mutuo, che andava nelle province, sebbene da uno ad un altro cittadino, non era ad esse sottoposto. Per tal modo una gran parte de' più importanti negozi di questo genere fu dipoi liberata da simiglianti limitazioni; la qual cosa non avversava per nulla lo scopo politico di quelle leggi. La seconda restrizione concernente l' efficacia della legge era intrinseca. Il vietato contratto di usura non era, in effetti, dichiarato nullo, anzi il creditore potea farlo valere in giudizio; soltanto ei si esponeva ad una pena che il debitore avea dritto di farsi pagare. Questa pena importava il quadruplo degl' interessi illegalmente riscossi, e la legge Marcia accordava per ciò al debitore la *manus iniectio*. Non di rado, quando il creditore avea lasciato moltiplicar per anni le usure, e finalmente chiedeva per esse e pel capitale una somma che sorpassava le facoltà del debitore, siffatta insolvibilità con le sue conseguenze rendea lui inammessibile a chiedere la pena; la restrizione della *legis actio* dopo la legge Ebuzia fu ancora non senza influenza nell' applicazione delle leggi sull' usura, e nel 665 potè parere una novità che i debitori minacciassero con quella pena i loro creditori, e che il pretore si addimostrasse proclive ad applicar leggi venute in desuetudine da lungo tempo.

Come prima tra romani e romani, così pure per ragioni politiche fu proibito, nel VII secolo, il prestito ad interesse ch'ei faceano nelle città delle provincie, pria per un senatoconsulto del 660; poi contro la volontà del Senato, il quale credea bastevole siffatta disposizione, per mezzo del plebiscito di A. Gabinio del 687. Ma la conservazione di quelle antiche leggi non era più necessaria; anzi a' bisognosi di credito dovè parere più utile una limitazione degli interessi quando fosse debitamente mantenuta, anzichè la loro totale proibizione; e spezialmente se in luogo di una semplice pena del creditore fosse pronunziata la invalidità di un obbligo d' interesse eccedente il legale. Questo è tutto l' effetto del *maximum* degl' interessi, che venga riconosciuto negli scritti de' giuristi e nelle leggi del III e del IV periodo Queste *maximae* o *legitimae usurae* sono le *centesimae*. Esse fondansi verosimilmente non su di una legge, ma sugli editti de' magistrati, come viene almeno per le province espressamente riferito. Una eccezione vi si faceva quando trattavasi non solo di un equivalente per l' uso, ma anche di un pericolo cui si esponeva il creditore, massime quando era il caso della *pecunia traiecticia*; allora l' altezza delle usure (*foenus nauticum*) per la durata del rischio era tutta esclusivamente rimessa alla volontà delle parti.

Giustiniano ha ridotto alla metà la regolare misura dell' interesse (*semissae usurae*); le *centesimae* si permettono eccezionalmente, in ispecialità per la *pecunia traiecticia*; inoltre in certi casi erano ammesse eziandio due terze parti delle *centesimae* (*besses usurae*); in altri solo un terzo (*trientes usurae*). Nel quarto periodo si aumentò d' alcun poco la misura degl' interessi, perchè, a fin di rendere più agevole l' uso delle monete che si adoperavano, si permise di aggiungere alle *centesimae usurae* tre *siliquae* (la 24. parte) del *solidus*, perciò il 12 1/2 in vece del 12 per 100, così i *semisses* furono portati dal 6 al 6 1/4, i *trientes* dal 4 al 4 1/6 per 100.

Gl' interessi possono pervenire ad un' altezza assai gravosa pel debitore non solo per la misura, ma anche per la durata; non pagati da gran tempo, possono, ancorchè sieno discreti per sè, ingrossare sì fattamente il debito a cui si aggiun-

Oleo quidem vel quibuscunque fructibus mutuo datis incerti pretii ratio additamenta usurarum eiusdem materiae suasit admitti. PHILIPPUS, c. 23, C., IV, 32, *de usuris.*

Sane vetus urbi foenebre malum, et seditionnm discordiarumqne creberrima causa; eoque cohibebatur antiquis quoque et minus corruptis moribus. Nam primo XII tabulis sanctum, ne quis unciario foenore amplius exerceret, quum antea ex libidine locupletium agitaretur; dein rogatione tribunicia ad semuncias redacta, postremo vetita versura. Multisque plebiscitis obviam itum fraudibus, quae toties repressae miras per artes rursum oriebantur. TACIT., *Annal.*, lib. VI, cap. 16.

In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur. MARCIANUS, fr. 32, §. 2, D., XXII, 1, *de usuris.*

Super usurarum vero quantitate etiam generalem sanctionem facere necessarium esse duximus, veterem duram et gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes. Ideoque iubemus, illustribus quidem personis, sive eas praecedentibus minime licere, ultra tertiam partem centesimae, usurarum nomine, in quocunque contractu vili vel maximo stipulari. Illos vero, qui ergasteriis praesunt, vel aliquam licitam negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimae, suam stipulationem moderari. In traiectitiis autem contractibus, vel specierum foenori dationibus, usque ad centesimam tantummodo licere stipulari, nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum. Caeteros autem omnes homines dimidiam tantummodo centesimae, usurarum nomine, posse stipulari; et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari in quibus citra stipulationem exigi usurae solent. IUSTINIANUS, c. 26, §. 1, C., IV, *de usuris.*

Supra duplum autem usurae et usurarum nsurae nec in stipulatum deduci, nec exigi possunt, et solutae repetuntur. ULPIAN., fr. 26, §. 1, D., XII, 6, *De condictione indebiti.*

Cursnm insuper usurarum ultra duplum minime procedere concedimus. IUSTINIANUS, c. 27, §. 1, C., IV, 32, *de usuris.*

---

gono, che il debitore, il qnale omise di pagarli al maturo, viene in grande necessità. Anzi tutto, gli è questo possibile quando gl' interessi arretrati producano subitamente altri interessi (*anatocismus*) onde, scorso il termine di essi, vengono i seguenti computati sul capitale e su quelli già scaduti. Questo anatocismo era ancor pienamente lecito all' età di Cicerone; quel che poi si riteneva come giusto, e che era pur disposto negli editti de'magistrati è, che non per gl'interessi di ogni mese, ma dopo il giro di nn intero anno cominciasse un interesse su gl' interessi già rimasti arretrati; il perchè solo da qnest' ora si aggiungevano al capitale produttivo d'interessi; questo dicevasi *anatocismus anniversarius*. Più tardi, l'anatocismo (*usurae usurarum*) fu generalmente vietato; proibizione che Giustiniano rafforzò, dichiarando non dovere gli interessi arretrati poterne produrre altri, neppure per mezzo di una novazione. Pria che lo anatocismo fosse stato proibito, si era forse temperato per il principio, che l' *alterum tantum* del primitivo capitale dovesse in ogni caso formare il confine alla somma degli interessi; questa proibizione delle *usurae ultra duplum* si mantenne ancora dopo quella dell'anatocismo: ma qui più chiaramente è statuito, che ciò si rapporta soltanto agl' interessi arretrati, i quali non si possono ingrandire al di là della somma del capitale. Giustiniano andò più oltre; anche gl' interessi pagati doveano computarsi nel doppio; quindi in generale il debitore mai non dovea pagare più interesse che il capitale non comportasse; il quale principio di dritto, per cui l' efficacia del prestito ad interesse vien circoscritta ad una certa durata, non si è conservato in Occidente.

§. 122.

Della efficacia delle obbligazioni.

La *obligatio* non conferisce mai sempre al creditore se non il dritto di chiedere la prestazione, ma certamente non altro che un dritto contro la persona di un determinato debitore. Per far poi valere questa pretensione contro il debitore, naturalmente devono sempre stare a disposizione del creditore certi mezzi giuridici. Nell' antico dritto civile romano ogni *obligatio* dava luogo pel creditore ad un' azione, in quanto che allora non si riconoscevano giuridicamente altre obbligazioni se non quelle che producevano un'azione. Appunto perciò erano in antico al tutto sinonime le voci *obligatio* ed *actio*, nello stretto senso della parola, sicchè ogni *obligatio* generava un' *actio*, e viceversa ogni *actio* presupponeva un' *obligatio*. Ma nel nuovo dritto romano si accoglie la divisione delle obbligazioni in *civili* e in quelle che sono puramente *naturali*, non senza pratica importanza rispetto al grado della loro giuridica efficacia.

Era cosa conforme allo spirito ed allo svolgimento storico del dritto romano che al principio poche obbligazioni fossero giuridicamente riconosciute, cioè soltanto quelle che si fondavano nel rigoroso *ius civile*. E ancor queste producevano sempre un effetto rigorosissimo, in ispecialità un' azione pel creditore contro il debitore diretta ad avere la debita prestazione, un'*actio* in questo stretto senso della parola. Le altre non erano giuridicamente considerate come *obligationes*.

Solamente in processo di tempo si cominciò ad accordare una efficacia giuridica anche a ragioni creditorie che si adagiassero unicamente sul *ius naturale et gentium*, sebbene più ristretta. Da quell'ora, gli è vero, ebbero quest'esse il nome di *obligationes;* senonchè soltanto come semplici *naturales obligationes* a differenza di quelle di stretto dritto civile, delle *civiles obligationes*. La loro differenza dalle obbligazioni civili si manifestava sia nella causa che lor dava origine, sia sovra tutto in ciò, che esse non conferivano al creditore verun' *actio* contra il debitore. Per altro in tutto il resto erano obbligazioni ben valide, e in tutti gli altri effetti si rassomigliavano alle obbligazioni civili. Così esse davan dritto al creditore, appunto perchè era egli effettivamente creditore, a ritenere come di sua pertinenza ciò che il debitore gli avesse consegnato, mentre l'*indebito* pagato per errore, *id quod ne natura quidem debetur*, poteva essere richiesto senza più da chi glielo avesse dato. Le obbligazioni naturali potevano inoltre acquistare efficacia e farsi valere mediante ogni altro mezzo diverso da quello dell'azione propriamente detta, in ispecialità mercè di eccezioni d' ogni specie che ne derivavano, e fra cui quella che si fonda sulla compensazione tien pur essa il suo luogo. Da ultimo potevano esse, del pari che le obbligazioni civili, servire di fondamento a quegli atti giuridici, i quali, come per es. una costituzione di pegno, una

malleveria, una novazione, ecc., presuppongono essenzialmente, perchè sussistano, un' *obligatio* giuridicamente valida.

A poco a poco cotal primitivo e stretto cerchio di obbligazioni producenti azioni si allargò; posciacchè molte obbligazioni, che prima erano state obbligazioni soltanto naturali, acquistarono attitudine a conferire azioni o pel nuovo dritto civile, o pel dritto pretorio. Con ciò si collega la divisione delle obbligazioni in *civiles* ed *honorariae*, entrambe le quali producono un' azione, e si distinguono unicamente per l'origine.

D' altra parte, anche la efficacia di molte primitive obbligazioni civili fu mano mano ristretta notevolmente; il che fu quando, per ragioni di *aequitas*, venne accordata al debitore una perentoria *exceptio*. Vero è che simili obbligazioni valevano perfettamente, nel senso cioè che indipendentemente da esse potevasi agire pel loro adempimento; ma era libero il debitore convenuto o di togliere tutta l' efficacia all'*actio* contro lui intentata deducendo quella *exceptio*, di annientarla, od almeno di ridurla alla condizione di una *naturalis obligatio* (1).

Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur; namque aut civiles sunt, aut praetoriae. Civiles sunt, quae aut legibus constitutae, aut certe iure civili comprobatae sunt. Praetoriae sunt, quas praetor ex sua iurisdictione constituit, quae etiam honorariae vocantur. Pr. et §. 1, Inst., III, 14, *de obligationibus*.

Is *natura* debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus. Paulus, fr. 84, §. 1, D., L. 17, *de reg. iur*.

Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit. Idem, fr. 10, D., XLIV, 7, *de obligationibus et actionibus*.

Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. Ulpian., fr. 7, §. 4, D., II, 14, *de pactis*.

§. 123.

Limitazione dell' obligatio ne' suoi effetti sulla persona del creditore e debitore originari.

Inst. lib. III, tit. 28. per quas personas nobis obligatio adquiritur. — Inst. lib. IV. tit. 7, quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur. — Dig. lib. XV, tit. 4, quod iussu. — Dig. lib. XV. tit. 1, de peculio. — Dig. lib. XV. tit. 3. de in rem verso. — Dig. lib. XV. tit. 1, de exercitoria actione. — Dig. lib. XIV. tit. 3, de institoria actione. — Dig. lib. XVIII. tit. 4, de hereditate vel actione vendita. — Cod. lib. IV, tit. 39, de hered. vel actione vend.

L' *obligatio* è un rapporto di diritto per ogni riguardo rigorosamente ristretto tra le due persone, infra le quali sussiste, tra un deter-

---

(1) V. più innanzi il §. 151.

minato creditore e un debitore. La è questa un' idea che i romani conservarono con gran conseguenza nella pratica.

Primieramente di qui segue che dall' *obligatio* non altri, che il solo determinato creditore acqnista un dritto. Vero è che qualcuno può acquistare un dritto di credito dagli atti obbligatori d' individui, ch'egli ha nella sua *potestas*, verbigrazia, per mezzo del suo *servus*, o del *filiusfamilias* ancora che non abbia dato un espresso incarico a cotestoro: ma in ciò non v' ha che una naturale conseguenza e del principio, secondo il quale quegl' individui non sono capaci di acquistare per sè stessi un proprio patrimonio, e di quel rapporto peculiare di potestà. Per contro, e' sembra poter considerare come una mitigazione apportata a poco a poco a quel severo principio, la facoltà concessa dal nuovo dritto romano di acquistare de' dritti *per liberas personas*, almeno in modo indiretto, cioè dire, per mezzo di quelle persone che non si hanno in potestà, ma che furono incaricate a tal uopo da noi siccome mandatari. Elleno, dette procuratori, acquistano, è vero, de' dritti direttamente per sè stesse, ma allora possiamo domandar loro la cessione delle obbligazioni acquistate per noi. Anzi in certi casi non c' è nemmeno bisogno di una formale cessione (1).

Secondamente dallo stesso principio segue che in virtù dell' *obligatio* solo il determinato debitore vi è obbligato, non altri. Tuttavolta, il bisogno di agevolare il commercio fu cagione che a poco a poco s'introducessero molteplici modificazioni, le une attenenti alla *dominica* ed alla *patria potestas*, le altre alla procura conferita a persone già libere. In tal modo può bene accadere che alcuno resti tenuto per obbligazioni contratte non da lui stesso, ma da un altro, e vada ancor soggetto all'azione che ne risulta perchè le esegua. Qui si riferiscono l' *actio quod iussu*, l' *actio de peculio*, l' *actio de in rem verso*, l' *actio exercitoria* e l' *actio institoria*, la quale nella estensione che poi s' ebbe, fu detta eziandio *quasi institoria actio*. Son queste le ordinarie azioni risultanti dagli altri atti obbligatori. Esse prendono nel loro esperimento un epiteto che ha per iscopo d'indicar subito la condizione del convenuto, il quale qui sembra obbligato come per eccezione alla regola che vieta l'agire per atti obbligatori celebrati dal terzo. Ed è ciò quel che suolsi significare oggidì con la denominazione di *actiones adiecticiae qualitatis*.

Finalmente, un' altra conseguenza che deriva dalla idea su indicata dell'*obligatio* è, che non è pensabile alcuna vera mutazione delle persone interessate nell' *obligatio*; vale a dire, che nè il dritto di credito del primitivo creditore, nè il debito del primitivo debitore possono trasmettersi ad altri *durante eadem obligatione*, cioè dire, quando non ancora siasi in tutto estinta la prima *obligatio*, e sostituita una altra nuova e indipendente. Vero è che tanto il credito quanto il de-

---

(1) Spesso il mandante sperimenta l'azione utile indipendentemente dalla cessione, e colui che mutuò per mezzo di un altro l' azione diretta, fr. 68, D. (III. 3) fr. 13, §. 25, D. (XIX, 1). *Il Trad.*

bito risultante da un' *obligatio* si trasmette regolarmente agli eredi del creditore e del debitore ; ma in ciò non vuolsi vedere una eccezione, bene sì una natnral consegnenza della *successio per universitatem* fondata per mezzo dell'ordine successorio, della rigorosa e ginridica rappresentanza del testatore per mezzo del suo erede, in virtù della quale vien questi a continuare la persona del defunto. Al contrario i romani non riconoscono alcuna successione singolare ne' dritti e nei debiti. E nè manco una vera eccezione è da scorgere nella facoltà che ha il creditore di cedere ad altri il sno credito ; chè, ancor dopo che sia seguita la cessione, il cedente riman creditore propriamente detto, e 'l cessionario non altro consegne che il dritto di riscuotere, come procuratore di esso cedente, in nome e vece di lui, il valsente del credito, e di ritenere per lui stesso qnel che sarà per ricevere. Gli è per questo che i romani esprimono il cedere con la frase *actionem mandare*, ed appellano il cessionario *procurator* (*in rem suam*). Ciò si è pur conservato nel nuovissimo dritto romano secondo il rigoroso generale principio. Soltanto si è nel corso de' tempi a mano a mano giunti a questo, che in molti casi, per agevolare il commercio, le cessioni, là dove possano giuridicamente pretendersi, van considerate come tacitamente seguite e i loro effetti valgono come verificati ancor quando fosse mancato nel fatto un formale rapporto di mandato.

Adquiritur nobis non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habemus; item per eos servos in quibus usumfructum habemus ; item per homines liberos et servos alienos, quos bona fide possidemus. Pr., Inst., II, 9, *Per quas personas cuique adquiritur*.

Sunt praeterea quaedam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur, sed modo solidum persequimur, modo minus : ut ecce, si in peculium filii servive agamus. Nam, si non minus in peculio sit, quam persequimur, in solidum dominus paterve condemnatur : si vero minus inveniatur, eatenus condemnat iudex, qnatenus in peculio sit. §. 36, Inst. IV, 6, *de actionib.*

Quia tamen superius mentionem habuimus de actione, qua in peculium filiorumfamilias servorumve agitur, opus est, ut de hac actione et de caeteris, quae eorumdem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus. Et quia, sive cum servis negotium gestum sit, sive cum his, qui in potestate parentis sunt, eadem fere iura servantur : ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi dominique, idem intellecturi de liberis quoque et parentibus, quorum in potestate sunt. Nam, si quid in his proprie observatur, separatim ostendemus.

Si igitur iussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum practor adversus dominum actionem pollicetur, scilicet quia is, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur. Eadem ratione praetor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. *Exercitoria* tunc locum habet, quum quis servum suum magistratum navi praeposuerit, et quid cum eo, eius rei gratia, cui praepositus erat, contractum fuerit. Ideo autem *exercitoria* vocatur, quia *exercitor* appellatur is, ad quem quotidianus navis quaestus pertinet. *Institoria* tunc locum habet, quum qnis tabernae forte, aut cuilibet negotiationi servum praeposuerit, et quid cum eo, eius rei causa, cui praepositus erit, contractum fuerit. Ideo autem *institoria* appellatur, quia, qni negotiationibus praeponuntur, *institores* vocantur. Istas tamen duas actiones practor reddit,

etsi liberum quis hominem, aut alienum servum navi, aut tabernae, aut cuilibet negotiationi praeposuerit, scilicet quia eadem aequitatis ratio etiam eo casu interveniebat. Pr., §. 1 et 2, Inst., IV, 7, *Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.*

Praeterea introducta est actio de peculio deque eo, quod in rem domini versum erit, ut, quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen, si quid in rem eius versum fuerit, id totum praestare debeat, sive quid non sit in rem eius versum, id eatenus praestare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intelligitur, quidquid necessario in rem eius impenderit servus, veluti si mutuatus pecuniam creditoribus eius eam solverit, aut aedificia ruentia fulserit, aut familiae frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. §. 4, Inst., eod.

Quaecunque gerimus, quum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt; et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere; ut alter suo nomine recte agat, possumus. Paulus, fr. 11, D., XLIV. 7, *de oblig. et act.*

Quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; sed opus est, ut, iubente me, tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis.

Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea, quasi cognitor aut procurator meus, experiri. Gai., *Comm.*, II, §. 38 et 39.

§. 124.

Pluralità di creditori o debitori in una stessa obligatio.

Inst. lib. III, tit. 16, de duobus reis stipulandi et promittendi — Dig. lib. XLV, tit. 2, de duobus reis constituendis — Cod. lib. VIII, tit. 40, de duobus reis stipulandi et promittendi.

Due diversi subbietti, due interessati, un creditore ed un debitore, debbono essere essenzialmente in qualsivoglia *obligatio;* sendochè non si può essere debitore, nè creditore di sè stesso. Appunto perciò un'*obligatio* cessa di esistere necessariamente da sè subito che, per un avvenimento, per es. per successione, uno de' due interessati, il creditore o il debitore, abbia preso il luogo dell'altro. Ancora non è facile che in una sola e medesima obbligazione si rinvenga più di un creditore o di un debitore.

Quest' ultimo enunciato soffre solo apparentemente una eccezione nella così detta *obligatio plurium pro rata.* Questo caso si osserva là dove più creditori o più debitori vengano, gli è vero, nominati per la stessa prestazione, ma in modo che ognuno de' più creditori solo una parte aliquota di tutto l' obbietto della prestazione abbia a pretendere, ed ognuno de' più debitori debba pagare non altro che una quota. Cotesta divisione dell' obbietto dell' intera prestazione produce questo effetto, cioè che in realtà l' apparente rapporto di una sola *obligatio* con più creditori o debitori si risolve in tante obbligazioni distinte, quante sono le persone tra le quali la totale prestazione si divide, e perciò siccome creditori e debitori

vengono nominati. La è cosa meramente arbitraria e quindi senza altre conseguenze giuridiche raccòrre, come suolsi talvolta, nel comun vivere, i valori di più singole obbligazioni, farne un solo, e indicarli come una sola ed unica prestazione per effetto di una connessità forse accidentale, in cui le si trovano per essere state, verbigrazia, costituite tutte insieme in un medesimo tempo e per uno stesso avvenimento.

Altramente va, certo, la cosa nelle così dette *obbligazioni solidali*, cioè dire nel caso, in cui effettivamente uno fra più creditori può chiedere l'intero valsente della prestazione, il *solidum*, od uno di più debitori pagar deve questo *solidum*. Per altro, se, e ciò avviene senza dubbio in certe obbligazioni solidali, ciascuno di questi creditori o di questi debitori ha da riscuotere o prestare il tutto, senza che vi sia da riguardare se già uno di essi l'abbia ricevuto o pagato (1), il rapporto si risolve in tante obbligazioni, quanti, secondo il numero, sono i creditori e i debitori. Solo per motivo della coeva origine di tutte queste obbligazioni nascenti da un medesimo fatto le si sogliono indicare come una sola ed unica obbligazione con più creditori o con più debitori. Tale, verbigrazia, è l'obbligo che incombe a molti, per un delitto commesso in comune, di pagare la pena privata dovuta per intero da ognuno.

Però, v'ha casi d'obbligazioni solidali, in cui veramente, sia per effetto di peculiare accordo, specialmente di patti o disposizioni testamentarie, sia per generali statuizioni di legge, ciascuno di più concreditori solidali ha nel fatto da chiedere il tutto, ed ognuno di più condebitori solidali ha da prestarlo, ma in modo che quel tutto prestar si debba per una sola volta. Segue allora, che, quando un creditore s'ebbe il tutto, si estingue *eo ipso* il credito degli altri; medesimamente quando un debitore ha pagato l'intero, *eo ipso* risolvesi eziandio quel che i suoi consocî doveano. *Uno solvente reliqui liberantur.* Anche qui, quanto al pratico risultamento, quanto all' *exactio*, non vi è davvero che un creditore o un debitore, poichè non l' uno e l' altro, ma solo l' uno o l' altro ha da pretendere o pagare il tutto. Quel che quivi è proprio si è, che nell' origine di siffatta obbligazione resta in sulle prime ignoto, e solo dappoi si mostra chi di più creditori o debitori riscuoterà o pagherà il tutto. Ad ogni modo può il creditore, invece di costringere uno dei debitori al pagamento del *solidum* dividere l'obbietto del debito, e pretendere da ciascuno solo una *rata*. Anzi, in certe circostanze, il convenuto per l' intero può pretendere cotesta divisione come un suo dritto. Questo *beneficium s. auxilium divisionis* riposa direttamente su di una *epistola divi Hadriani*, per cui lo si ap-

---

(1) Per questo caso, che avvien di rado, vedi i seguenti luoghi delle Institut., del Digesto e del Cod. Fr. 11, §. 2, D., (IX, 2) *Ad leg. Aquiliam*; fr. 55, §. 1, D. (XXVI, 7) *de administr. tut.* fr. 34, §. 2, D. (XLVII, 10) *de iniur.*; 1, Cod. (IV, 8) *de condit. furt.* — tit. Inst. (IV, 12) *de vi bon. rapt.* — C. un. §. 11, Cod. (VI, 51) *de caduc. tollend.* — *Il Trad.*

plica in un solo caso, per quello cioè in cui più persone si siano insieme obbligate per garentia. Solo di poi fu conceduto ad altri debitori solidali, ma non assolutamente a tutti. Quanto alla denominazione di simili obbligazioni solidali, diciamo che oggidì le si addimandano spesso comunalmente *obbligazioni correali*, i concreditori, *correi s. plures rei stipulandi* (*credendi*), i condebitori *correi s. plures rei promittendi* (*debendi*). Nelle nostre sorgenti giuridiche si trovano tali espressioni adoperate eziandio in senso più stretto, per indicare, cioè, certi casi particolari di questa specie, aventi un carattere al tutto proprio.

Ex huiusmodi obligationibus, et stipulantibus solidum singulis debetur, et promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo, omnium perimit obligationem, et omnes liberat. Ex duobus reis promittendi alius pure, alius in diem, vel sub conditione obligari potest; nec impedimento crit dies aut conditio, quo minus ab eo, qui pure obligatus est, petatur. §. 1, et 2, Inst. III, 17, *de duobus reis stipulandi et promittendi*.

Si plures sint fideiussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur: itaque liberum est creditori, a quo velit, solidum petere. Sed ex epistola Divi Hadriani compellitur creditor, a singulis, modo solvendo sint litis contestatae tempore, partes petere. Ideoque, si quis ex fideiussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc caeteros onerat. Sed si ab uno fideiussore creditor totum consecutus fuerit, huius solius detrimentum erit, si is, pro quo fideiussit, solvendo non sit; et sibi imputare debet, quum potuerit adiuvari ex epistola D. Hadriani et desiderare, ut pro parte in se detur actio. §. 4, Inst., III, 21, *de fideiussoribus*.

Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti; hoc est enim duorum reorum, ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus possitque ab alterutro peti; et partes autem a singulis peti posse, nequaquam dubium est; quemadmodum et a reo et fideiussore petere possumus. Utique enim, quum una sit obligatio, una et summa est, ut, sive unus solvat, omnes liberentur, sive solvatur ab altero, liberatio contingat. Ulpianus, fr. 3, §. 1, D., XLV, 2, *de duobus reis constituendis*.

Refert autem haec ad speciem, in qua vult ostendere, non esse novum, ut *duae obligationes* in unius persona concurrant. Est autem species talis : si reus promittendi reo promittendi heres exstiterit, *duas obligationes* sustinet. Item, si reus stipulandi exstiterit heres rei stipulandi, *duas species* obligationis sustinebit. Plane, si ex altera earum egerit, utramque consumet, videlicet quia natura *obligationum duarum*, quas haberet, ea esset, ut quum altera earum in iudicium deduceretur, altera consumeretur. Ulpianus, fr. 5, D., XLVI, 1, *de fideiussoribus et mandatoribus*.

CAPITOLO SECONDO.

ORIGINE E FONDAMENTO DELLE OBBLIGAZIONI.

§. 125.

Osservazioni preliminari.

Le svariate e diverse cause onde si originano le obbligazioni si lasciano nel più semplice modo ridurre a due sole già riposte nella

generale idea del patrimonio privato. Primamente, l'una può risiedere nella propria volontà di chi si obbliga quando ei promette all' altro una prestazione, e questi, accettando la cosa promessa, la rende parte del suo patrimonio. L'altra causa può benanche consistere, senza punto guardare alla volontà del debitore e del creditore, in un ingiusto atto dannoso, con cui qualcuno divien debitore di un altro in quanto che egli toglie alcun che del suo patrimonio, e che gli deve restituire.

Entrambe queste cause produttive di obbligazioni soffrono nel dritto positivo de' vari popoli assai svariate modificazioni; e vi trovi ancora di ben altre cause che tengono il mezzo tra le due sopraddette.

Con ciò si collega la ragione per la quale i Romani, nel più compiuto svolgimento del loro sistema delle obbligazioni, cercano di ricondurre le diverse specie di quelle ch' ei riconoscono (quelle almeno che son produttive di azioni) a certe sorgenti principali e rubriche, secondo la causa che le fa nascere. Però eglino fan derivare tutte le obbligazioni o *ex contractu*, o *ex delicto s. maleficio*, o *ex variis causarum figuris*. Le *variae causarum figurae*, come rubrica generalissima, suddividono poi, per accostarle vieppiù alle due suddette sorgenti, in due altre rubriche, secondo le quali certe obbligazioni risultano *quasi ex contractu*, e certe altre *quasi ex delicto*. Quindi è che per noi vuolsi riconoscere tre o quattro sorgenti d'obbligazioni, secondochè vogliamo attenerci alle *variae causarum figurae*, come rubrica principale, ovvero a quelle due rubriche secondarie.

Del resto, non possiamo disconoscere che tutta questa classificazione, la quale non comprende generalmente che le obbligazioni produttive di azioni, le *obligationes* in senso stretto, è fondata meno su ragioni intime, che su certi motivi accidentali, storici, puramente esterni. Appena si può collocarvi comodamente tutte le possibili obbligazioni anche quando vi si voglia inchiudere sol quelle che producono un' azione. Laonde, nel fatto, non basta cotal classificazione a dar base ad un sistema di obbligazioni schiettamente filosofico e fondato sulla propria essenza e sul caratteristico contenuto del dritto di credito; ma sembra acconcia soltanto in una breve e puramente storica esposizione del dritto d' obbligazione appo i romani come torna opportuna in un corso d' istituzioni.

Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris. GAI., fr. 1, pr., D., XLIV, 7, *de obligat. et act.*

Sequens divisio in quatuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. §. 3, Inst., III, 14, *de obligationibus*

TITOLO PRIMO.

DELLE OBBLIGAZIONI CHE NASCONO EX CONTRACTU.

§. 126.

Delle convenzioni in generale.

Inst. lib. III, tit. 16, *de verborum obligationibus. tit.* 20, *de inutilibus stipulationibus. — Dig. lib. II, tit.* 14, *de pactis. — Dig. lib. XLV, tit.* 1, *de verborum obligationibus — Cod. lib. II, tit.* 3, *de pactis.*

Qui è d' uopo prender le mosse da quegli atti giuridici, che più sopra indicammo come convenzioni (1).

Convenzione, nel senso più lato della parola, significa ogni accordo di più persone, mercè cui convengono su di una cosa che le interessa. Simili convenzioni possono eziandio risguardare negozi non giuridici; e di ciò non s' appartiene a noi tener discorso; ma non così quando esse abbiano per obbietto rapporti giuridici, che debbono esserne condizionati o modificati. Anche le convenzioni di quest' ultima specie funzionano più che molto così nel dritto pubblico come nel dritto privato, e v' ha un' intera serie d' importanti atti giuridici, che si fondano sull' accordo di più individui per guisa che senza di esso non sussisterebbero.

Dal gran numero di queste convenzioni nel più largo significato della parola, qui, dove discorriamo delle cause produttive di obbligazioni, convien richiamare sol quelle in cui l' accordo di più persone sta in questo, che una promette una prestazione, e l' altra accetta siffatta promessa. Queste convenzioni formano la più naturale, la primissima e la più importante sorgente delle obbligazioni, e sono il fondamento di tutto quanto il commercio. Il nome che più comunalmente esse abbiano nel giuridico linguaggio de' romani è *conventiones, pactiones, pacta conventa.* I *contractus* non sono altro che una specie subalterna di esse, certo non priva di molta importanza.

Il principio obbligatorio di tali convenzioni risiede unicamente nel mutuo consenso, *mutuus consensus*, cioè nell' accordo di reciproche dichiarazioni di volontà, della promessa di una prestazione da una parte, e dell'accettazione dall'altra. Epperò non altro che meri casi di eccezione voglionsi dir quelli, in cui secondo il *ius civile* e sotto certe circostanze la semplice unilaterale promessa di una prestazione obbliga giuridicamente il promittente, ancorchè non vi sia stata un' accettazione, e però senza che siasi convertita in una vera convenzione. Tali sono il *votum*, promessa unilaterale di una prestazione per un fine religioso, e la *pollicitatio*. Quest'ultima significa per dritto romano la

---

(1) V. più sopra il §. 47.

promessa unilaterale di pagare una somma pecuniaria o di eseguire un *opus publicum*, in quanto la si fa ad una corporazione. Nondimeno il promittente, rimpetto alla corporazione, resta obbligato sol quando egli abbia espresso uno speciale motivo, una *causa*, per cui siasi indotto a promettere, o quando almeno da sua parte siasi già cominciato ad eseguire la promessa, segnatamente con l'*opus* da richiedere.

Dalla succennata idea della convenzione naturalmente consegue che le persone giuridicamente incapaci di volontà non possono fare convenzione veruna. Di qui seguita pure che coloro i quali hanno una volontà difettiva e da doverlasi compiere con l'assistenza di un'altra persona, abbiano spesse volte bisogno del suo intervento a potere con buon effetto conchiudere una convenzione, e sovrattutto là dove per mezzo della convenzione essi devono, per la loro persona, essere obbligati inverso d'altri. Ed un'altra conseguenza si è che il *consensus* esser debba dichiarato da entrambe le parti, e ben manifestato; qual che si fosse la forma adoperata a significarlo, non importerebbe, salvo che peculiari rapporti non richiedessero un'altra specialmente prescritta. In fine il consenso dev'essere sotto ogni rapporto non viziato; non basta che si manifesti con atti esterni; è uopo ancora che niun intrinseco vizio lo maculi, cioè dire, che sia serio, non causato da ingiusta violenza, *vis* o *metus*, non per illecito inganno, *dolus*, nè per iscusabile errore, *error s. ignorantia*. Altrimenti, secondo le circostanze, o la convenzione così formata è invalida per sè stessa, o competono alla persona violentata, ingannata od illusa parecchi mezzi giuridici perchè si preservi, nel bisogno, dalle nocevoli conseguenze di cotesta convenzione. ·

Quanto al suo contenuto, la convenzione può versare in ogni sorta di prestazioni sol che leggi proibitive non pongano peculiari restrizioni per certe specie di essa. La si può fare eziandio *pure*, o con apporvi giunte e clausole, specialmente *condizioni*, *conditiones*, sospensive o risolutive, ovvero *termini* per indicare il cominciamento o la fine, *dies*.

· Et est *pactio* duorum pluriumve in idem placitum consensus.

Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt. Nam sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est, in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat. Ulpian., fr. 1, §. 2 et 3, D., II, 14, *de pactis*.

Pactum est duorum consensus atque conventio; *pollicitatio* vero offerentis solius promissum; et ideo illud est constitutum, ut, si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur. Sed et coeptum opus, licet non ob honorem promissum, perficere promissor eo cogetur. Idem, fr. 3, pr., D., L, 12, *de pollicitationibus*.

Si quis rem aliquam voverit, voto obligatur. Idem, fr. 2, pr., D., eod.

Ait Praetor : *Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.* Idem, fr. 7, §. 7, D., II, 14, *de pactis.*

Huius edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare ? Idem, fr. 1, pr., D., eod.

Furiosum, sive stipuletur, sive promittat, nihil agere, natura manifestum est... Huic proximus est, qui eius aetatis est, ut nondum intelligat, quid agatur. Sed quod ad hunc benignius acceptum est ; nam qui loqui potest, creditur et stipulari et promittere recte posse. Gai., fr. 1, §. 12 et 13, D., XLIV, 7, *de oblig. et actionibus.*

In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum, qui fari possunt, quamvis actum rei non intelligerent. Nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia tutore auctore agere potest. Paul., fr. 5, D., L, 17, *de reg. iuris.*

Nihil consensui tam contrarium est, qui et bonae fidei iudicia sustinet, quam vis atque metus, quem comprobare, contra bonos mores est.

Non videntur, qui errant, consentire. Ulpian., fr. 116, pr. et §. 2, D. L, 17, *de reg. iur.*

Labeo ait, convenire posse vel re, vel per epistolam, vel per nuntium ; inter absentes quoque posse. Sed etiam tacito consensu convenire intelligitur. Paul., fr. 2, D., II, 14, *de pactis.*

Omnis stipulatio aut pure, aut in diem, aut sub conditione fit. *Pure*, veluti : quinque aureos dare spondes ? idque confestim peti potest. *In diem*, quum, adiecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit, veluti : decem aureos primis calendis Martiis dare spondes ? Id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius, quam dies veniat, non potest... *Sub conditione* stipulatio fit, quum in aliquem casum differtur obligatio, ut si aliquid factum fuerit, aut non fuerit, stipulatio committatur, veluti si Titius consul factus fuerit, quinque aureos dare spondes ?... Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si, priusquam conditio existat, mors nobis contigerit. §. 2-4, Inst., III, 15, *de verborum obligationibus.*

Si impossibilis conditio obligationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio. §. 11, Inst., III, 19, *de inutilibus stipulationibus.*

§. 127.

De' contractus in contrapposto de' semplici pacta.

Le convenzioni, indipendentemente dalla loro comune natura, possono essere di specie molto diverse quanto alla loro forma, all'obbietto, alla loro *causa*, alla efficacia ed allo storico sviluppo. Sotto più d'uno di questi rapporti è molto importante la distinzione che corre tra i *contractus* e i semplici *pacta.*

Nello spirito su esposto del dritto d'obbligazione appo i romani vi era ben questo, che ne' primi tempi il dritto civile solo con grandi e formali restrizioni riconoscea convenzioni pienamente efficaci e validate da un' azione. Queste convenzioni già riconosciute dall' antico dritto civile come munite di azioni nel romano sistema dell' obbligazione dicevansi per antonomasia *contractus*, escluso ogni altro nome. La loro idea è quindi più ristretta che non è quella delle convenzioni, giacchè non tutte le convenzioni valide vi si comprendono. Di fatti, poi che più in là il dritto romano prese in considerazione

altre convenzioni, almeno in quanto che giuridicamente davan luogo ad una *exceptio*, e in generale fondavano una *naturalis obligatio*, furono esse dinotate come semplici *pacta* in contrapposto di quelle che davan luogo ad azioni, cioè de'*contractus*. Anzi nemmeno a tutte le convenzioni provvedute di azioni si estese l'idea e 'l nome di *contractus*. Poichè il segno caratteristico di que' *contractus* non era soltanto e direttamente l'avere un'azione, ma piuttosto ancora la storica circostanza, che siffatta loro prerogativa fondavasi nelle disposizioni del *più antico dritto civile*. Era quindi al tutto conseguente che i romani, allorchè più tardi il *nuovo dritto civile*, ovvero il *dritto pretorio* ebbe data un'*actio* a parecchi di que' *pacta*, non ponessero questi nella sfera de' *contractus* cotanto storicamente ristretta, e continuassero, non ostante fossero già divenuti produttivi d'azioni, a dar loro il nome di *pacta*, cioè *pacta* producenti un'*azione* (1). Solo un'eccezione apparente si trova nel *contractus emphyteuticarius;* poichè, sebbene una costituzione dell' imperatore Zenone, e perciò una disposizione del nuovo dritto civile gli avesse data la forma, la denominazione e l'azione che ha presentemente riducendolo ad una convenzione propria, indipendente, tuttavolta era molto naturale che per l'espresso precetto di Zenone ei conservasse il nome di *contractus;* sino allora gli si era dato il valore di un *contractus*, e in ogni modo nascea dalla unione di due altri riconosciuti ab antico, cioè dell' *emptio venditio*, e della *locatio conductio* (2).

L'antico giure civile facea dipendere l'attitudine a produrre azione, pe' contratti che esso riconoscea, da certi fatti formali che accompagnavano la loro conchiusione. Questi atti che o tenevano all' essenza di ogni convenzione, o specialmente accedevano all' accordo, soglionsi oggidì appellare *causae civiles*. Adunque questa *causa civilis*, come alcun che di semplicemente formale, non vuolsi confondere con una certa *causa* materiale, che ci dev' essere in ogni promessa quando la sua accettazione deve avere per effetto una *obligatio*. Quest'ultima causa può consistere o in una donazione, o nell'equivalenza, o nell'estinzione di una *obligatio* già esistente.

Per rispetto allo storico svolgimento di queste *causae civiles* diciamo che la più antica loro specie era il *nexum*, l' *obligatio per aes et libram*, giacchè nel conchiudere la convenzione si usava la forma della mancipazione. Il pensiero fondamentale era questo, che un accordo convenzionale aveva efficacia giuridico-civile sol quando ella si fosse rivestita di una esterna forma ben determinata, e la intenzione dei contraenti si fosse espressa non ambiguamente ed in un modo solenne. La forma esterna, nella quale, se non tutti, almeno la maggior parte de' fatti giuridici obbligatori d'allora potevano essere rivestiti, era il *nexum*. Le parti interessate davano a riconoscere dinanzi a testimoni la loro intenzione intorno a ciò che doveano contrarre, l' una con la

(1) V. più giù i §§. 139 e 142.
(2) V. il §. 111.

dazione immediata dell'*aes*, come prezzo di compra, e però con una *res* acquistava il dritto ad una controprestazione designata; l'altra col ricevere quell'*aes* vendeva il dritto ad una data prestazione. L'obbietto speciale della prestazione promessa per l'*aes* si esprimeva con certe parole solenni, *nuncupatio*, *verba*. Da questo *nexum* originavasi un'*obligatio* rigorosa, sì veramente che nella sua efficacia si equiparava al *judicatum*, e se il debitore mettevasi al niego, era costretto a pagare il *duplum*.

Un'*obligatio* contratta nella forma di tal *nexum* a rigore potea solo nella stessa forma, *per aes et libram*, essere annullata, risoluta. *Nexi liberatio*. Nel *nexum* si trovano sempre già riunite due *causae civiles*, posteriormente disgiunte, la *res* e le *verba*. Però una semplificazione del sistema contrattuale già risiedea nel concetto, che una di esse bastasse ad un formale fondamento di un *contractus*. Già ricevendo realmente la offerta prestazione, *res*, senza profferire *verba* solenni si rimane obbligati con azione alla reciproca prestazione determinata. *Re contrahitur obligatio*. Ed anche lo stesso effetto si avea quando fossero state pronunziate parole solenni. *Verbis contrahitur obligatio*. A questo storico svolgimento non contraddice per niente la circostanza che la *stipulatio*, come forma della *verborum obligatio*, è pur essa molto antica. Imperocchè ancora il *nexum* era di origine più remota; e non c'è dubbio che rimonti al di là delle XII tavole.

Medesimamente assai presto, sebbene introdotto un po' più tardi in ordine al tempo, si era concepito il principio che, anche senza il *nexum*, senza *res* e senza *verba*, con solo certe note scritturali, *literae*, potesse fondarsi un'obbligazione produttiva di azione. *Literis contrahitur obligatio*.

Finalmente, più tardi si accolse altro principio tolto puramente dal *jus gentium* e introdotto pel bisogno di far più spedito il commercio giornaliero, e questo fu, che certe convenzioni, senza aver più in conto le testè indicate *causae civiles*, col solo reciproco consenso delle parti dovessero dar luogo ad un'azione. *Consensu contrahitur obligatio*.

Nexum est, ut ait Gallus Ælius, quodcunque per aes et libram geritur, idque necti dicitur: quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio. Festus, voc. *Nexum*.

Nexum Mucius Scevola scribit, quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeterquam quae mancipio dentur. Varro, *de lingua latina*, lib. VI, §. 5.

Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto. (Credesi che queste parole sien tolte dalle XII Tavole).

Nam, quum ex XII tabulis satis esset, ea praestare, quae essent lingua nuncupata, quae qui inficiatus esset, dupli poenam subiret, caet. Cic., *de Offic.*, III, c. 16.

Veluti, si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum est. Gai., *Comm.*, III, §. 173.

§. 128.

Delle azioni che nascono da' contratti.

Ogni contratto, come tale, ingenera pel *debitor* un' obbligazione provveduta di un'azione, e pel *creditor* un' *actio*, ma con la seguente distinzione. Certi contratti, secondo il proprio loro contenuto, obbligano essenzialmente e di piena necessità entrambo i contraenti, costituiscono un'obbligazione *ultro citroque;* mentrechè molti altri non obbligano direttamente che un solo di que' che contrattarono. Nel primo caso originasi sempre dal contratto, che vien talvolta per eccellenza detto da' giuristi romani *contractus*, e grecamente *synallagma*, un'*actio* per ognun de' contraenti; la quale ora è la medesima per tutti e due, ora è speciale per ciascuno, secondochè le obbligazioni reciprocamente assunte sono identiche o diverse per entrambi. Nell'ultimo caso non s'ingenera immediatamente dal contratto che un'azione per un solo de' contraenti. Pertanto, ancor qui può eccezionalmente intervenire che per effetto di certe fortuite circostanze, per es. a cagione di spese fatte e di cui si ha dritto a domandare il rimborso, o di colpa commessa, del che può chiedersi l'indennizzo, anche l' altro contraente ottenga un' azione; onde il contratto prende per questa volta un certo carattere di bilateralità. Quest'azione porta allora senza dubbio lo stesso nome dell'azione originaria e comune; ma per dinotare che essa non tiene di necessità all' essenza del contratto, e si fonda unicamente su cagioni accidentarie, le si dà l'epiteto di *contraria actio*, per contrapposto dell'*actio directa*. Del resto, tale *contrarium iudicium* non è possibile che ne' contratti unilaterali che sono *bonae fidei;* non mai in quelli che, giusta la loro essenza, sono *stricti iuris*.

Labeo... definit... *contractum* (esse) ultro citroque obligationem, quod graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem. Ulpianus, fr. 19, D., L. 16, *de verb. signif.*

Possunt iustae causae intervenire, ex quibus cum eo, qui commodasset (contrario iudicio) agi deberet, veluti de impensis in valetudinem servi factis, quaeve post fugam requirendi, reducendique eius causa factae essent. Gai., fr. 18, §. 2, D., XIII, 6, *De pignoraticia actione vel contra.*

I.

ESPOSIZIONE DEL SISTEMA DE' CONTRATTI NELLA SUA PURITA' PRIMITIVA.

§. 129.

Delle obbligazioni che si contraggono re.

GAI. *Comm. lib. III*, §. 89, *sq. Inst. lib. III, tit.* 14, *quibus modis re contrahitur obligatio. Dig. lib. XII, tit.* 1, *de rebus creditis. Dig. lib. XIV, tit.* 6, *de senatusconsulto Macedoniano. Cod. lib. IV, tit.* 1, *de reb. cred. Dig. lib. XIII, tit.* 6, *Commodati vel contra. Cod. lib. IV, tit.* 23, *de commodato. Dig. lib. XVI, tit.* 3. *depositi vel contra. Cod. lib. IV, tit.* 34, *depositi vel contra. Cod. lib. XIII, tit.* 7, *de pigneraticia actione vel contra. Cod. lib. IV, tit.* 24, *de pigneraticia actione.*

I Romani notano quattro contratti speciali che hanno questo di comune, che chiunque, in conformità del precedente accordo, riceve una cosa, *res*, rimane con obbligazione che produce azione, tenuto a restituire al datore questa cosa medesima. Questi contratti si addimandano *mutuum, commodatum, depositum et pignus.* In sè e per sè sono unilateralmente obbligatori; giacchè da ognun d'essi nasce una azione avente nome speciale, diretta alla restituzione della cosa, e competente a chi la diede contro colui che se l'ebbe. Come *contraria actio*, salvo il caso del *mutuum*, il quale è *stricti iuris*, cotesta azione vien conceduta talvolta a chi si ricevette la cosa contro il datore di essa, ma solo in vero per un altro scopo più accidentale.

I. Il *mutuum, res creditae*, il contratto di mutuo, consiste in questo, che l'un contraente, *mutuo accipiens*, o detto soltanto *debitor*, col ricevimento di una certa quantità di *res quae pondere numero vel mensura constant*, e che gli vien data in proprietà dall'altro contraente, dal *mutuo dans*, dal *creditor*, si obbliga di restituire a costui altrettanta quantità di queste medesime cose (*in genere*) dopo alcun tempo or più or meno stabilmente indicato.

L'azione, che a questo fine compete al creditore, chiamasi *actio mutui, s. condictio certi ex mutuo;* essa è puramente *stricti iuris*, ed ordinata unicamente al rimborso del *creditum*, cioè della somma mutuata. Quindi il creditore non può pretendere verun interesse pel capitale mutuato ; non gl'interessi moratori, nè quelli che si fossero pattuiti con una convenzione accessoria, sendochè sì gli uni che gli altri non si accordano colla essenza del *mutuum*, come *stricti iuris contractus*. Potrebbe, gli è vero, il creditore agire per le usure a lui promesse, pe' così detti *interessi convenzionali*, ma in tal caso questo suo dritto non si fonderebbe sul contratto di mutuo, ma su di un altro contratto peculiare, indipendente, con cui nella forma della stipulazione si fossero pattuiti quegl'interessi. Laonde non li si chieggono

con l' azione di mutuo, ma con quella che deriva da siffatta stipulazione.

Notevole e bene importante era per l'antico dritto romano la circostanza, che nel caso di danaro contante mutuato, *pecunia credita*, si ammetteva un procedimento straordinariamente rigoroso contro la persona del debitore. Questo è scomparso nel nuovo dritto romano. Per contrario, una particolare limitazione si rinviene apportata dal *senatusconsultum Macedonianum* all' efficacia del prestito in danaro fatto ad un *filiusfamilias* senza l'assentimento di suo padre.

II. Il *commodatum*, prestito ad uso, si ha quando uno de' contraenti, il *commodatarius*, si fa consegnare dall'altro, dal *commodans*, una cosa per iscopo di usarne secondo il modo e pel tempo determinato, ma senza pagargliene utile.

L' azione che il commodante ha contro il commodatario per la restituzione della stessa cosa (*in specie*), finito il tempo assegnato all'uso, chiamasi *commodati actio*, ed è *bonae fidei*. Naturalmente essa compete solo al commodante, ma viene pur concessa al commodatario, come *contraria actio*, contra del commodante, secondo le circostanze e per altri fini meramente accidentali. Il commodatario è tenuto per ogni colpa, per lieve che sia; il commodante non d'altro risponde che del *dolus* e della *lata culpa*.

Dal *commodatum* si distingue il *precarium* essenzialmente in ciò, che questo non è mica un contratto, anzi nemmeno un solido negozio giuridico. Poichè, sebbene ancor egli il *precario dans* consegni ad un altro una cosa ad uso gratuito, pure il *precario accipiens* non consegue alcuno stabile dritto per l' uso di essa. Egli deve piuttosto essere pronto in ogni tempo a restituirla a chi gliela diede subito che la chiegga, e a tal uopo si ha l'*interdictum de precario*.

III. Il *depositum*, contratto di deposito, si ha quando uno dei contraenti, il *depositarius*, riceve dall' altro, dal *deponens*, una cosa mobile che gli si affida con la promessa di custodirgliela gratuitamente per un dato tempo, e di restituirgliela *in specie* tostochè si farà a richiederla.

L'azione che il deponente ha contro il depositario per la ricuperazione della cosa affidata dicesi *actio depositi directa;* essa è *bonae fidei*, ed infama il depositario già condannato per la negata restituzione come uomo disleale. E la si concede eziandio, secondo le circostanze, al depositario contra il deponente per certi altri fini più accidentali. Il deponente è tenuto per ogni *culpa;* il depositario solo pel *dolus* e per la *lata culpa*.

IV. Il *pignus*, o *contractus pignoraticius*, contratto di pegno, si ha quando un creditore, per sicurtà della sua *obligatio*, si fa dare dal suo debitore o da un altro una cosa in pegno, *pignus*, e in conseguenza gliene si rilascia il possesso.

L'azione che consegue chi diede il pegno per la restituzione della cosa impegnata, tostochè cessi il dritto di pegno in qualsivoglia modo, eccetto quello della sua vendita, dicesi *pignoraticia actio di-*

recta; ed è *bonae fidei*. Talvolta essa compete, come *contraria actio*, secondo le circostanze, anche al creditore pignoratizio contro il pignorante, per esempio, a cagion di seguita evizione della cosa impegnata. Entrambi i contraenti sono reciprocamente tenuti per ogni sorta di *culpa*.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in lis rebus consistit, quae pondere, numero mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro; quas res aut numerando, aut metiendo, aut appendendo in hoc damus, ut accipientium fiant, et quandoque nobis non eaedem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatis reddantur; unde etiam mutuum appellatum est, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat. Et ex eo contractu nascitur actio, quae vocatur condictio. Pr. Inst., III, 14, *Quibus modis re contrahitur obligatio.*

Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit, aut depositum), sed idem genus; nam, si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum. Paul., fr. 2, pr., D., XII, 1, *de rebus creditis.*

Verba senatusconsulti Macedoniani haec sunt: *Quum inter caeteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus crederet, placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen exspectata patris morte fieri.* Ulpian., fr. 1, pr., D., XIV, 6, *de senatusconsulto Macedoniano.*

Is autem solus senatusconsultum offendit, qui mutuam pecuniam filiofamilias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit, vel alio modo contraxit; nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est... Quod ita demum erit dicendum, si non fraus senatusconsulto sit cogitata, ut qui credere non potuit, magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem. Idem, fr. 3, §. 3, D., eod.

Item is, cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur, et tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe distat; namque non ita res datur, ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum, hostiumve incursu, nihilominus obligatus permanet. At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur, nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam in suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire. Sed propter maiorem vim maioresvo casus non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenerit.... Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est; alioquin, mercede interveniente, locatus tibi usus rei videtur; gratuitum enim debet esse commodatum. §. 2, Inst., III, 14, *Quibus mod. re contrah. obl.*

Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi; quia et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit; culpae autem nomine, id est desidiae ac negligentiae, non tenetur; itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit, quia qui negligenti amico rem custodiendam tradidit, suae facilitati id imputare debet. §. 3, Inst., eod.

Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur; qui et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pigneraticia. Sed quia pignus utrius-

que gratia datur, et debitoris, quo magis pecunia ei crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet; quam si praestiterit, et aliquo fortuito casu eam rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere. §. 4, Inst., eod.

§. 130.

Successiva estensione del principio de' così detti contratti reali.

Dig. lib. XIX, tit. 5. de praescriptis verbis et in factum actionibus. Cod. lib. IV. tit. 64, de rerum permutatione et praescriptis verbis. Dig. lib. XII, tit. 2, de condictione causa data, causa non secuta. Cod. lib. IV, tit. 6, de condictione ob causa datorum.

Il principio che le obbligazioni produttive di azioni possono contrarsi *re*, ne' primi tempi governava soltanto i quattro casi esposti di sopra nel sistema contrattuale de' romani. Ma, poi, a breve andare, guidati dalla riflessione e da' pratici bisogni, distesero significantemente questa idea de' contratti reali.

Di fatti, v'ha un buon numero di convenzioni, le quali, secondo il loro obbietto, sono dirette a reciproche e tra sè collegate prestazioni delle parti interessate, e senza ricader punto in quelle riconosciute per *contractus* hanno una tal quale prossima affinità con uno, o nel tempo stesso con più di essi; così, per un esempio, la permuta con la vendita. Laonde al contraente, che avesse dal canto suo dato principio all'esecuzione ed eseguito quel che aveva impromesso, si pensò di accordare un'azione contro l'altro contraente perchè eseguisse il suo obbligo conforme alla convenzione. In questa affinità con un altro contratto, congiunta ad una prestazione già eseguita effettivamente da una parte, *res*, si vide una *causa* bastevole a conferire un'azione all' obbligazione. Ma appunto per cagion di questo principio che andava ben oltre, e della gran varietà, di cui eran capaci simiglianti convenzioni, non parve possibile nè conveniente di dare ad ognuna di esse e ad ogni azione che ne risultava un *proprium nomen*. Si stiè, dunque, contenti ad un nome molto comprensivo, che potesse convenire in tutt'i casi; quindi la *civilis actio in factum*, od *actio praescriptis verbis*. Di qui l'odierna denominazione di questi contratti detti *contratti reali innominati*. I Romani stessi li classificavano in modo generalissimo secondo il loro obbietto, conformecchè tali contratti risguardino un *dare* per entrambe le parti, od un *facere* anche reciproco, od infine per l'una parte un *dare*, e per l' altra un *facere*. Laddove sieu diretti ad un *dare* per ambo le parti, la loro somiglianza è maggiore con que' quattro primitivi contratti reali *nominati*, ma pur si distinguono in questo, che il ricevitore della cosa non resta mai obbligato con azione a restituire questa *medesima cosa*, ma solo e sempre di renderne un'*altra*.

L' attitudine di questi contratti a produrre un' azione risponde evidentemente allo scopo che si è avuto, di favorire, cioè, quel con-

traente che per primo e di propria volontà, senza un legale costrignimento abbia eseguita la sua obbligazione. Di qui si comprende in certo modo una particolarità cui si dà luogo, e che oggidì vien indicata come *ius poenitendi*. A colui che diè cominciamento alla esecuzione con un *dare*, sino a che non riceva ciò che fu pattuito, vien data la scelta o di chiedere con quell'*actio in factum* la reciproca prestazione convenuta, o di rinunciare di sua sola volontà alla convenzione, *poenitere*. Se appigliasi a quest'ultimo partito, può ben egli con una *condictio ob causam datorum*, detta eziandio *condictio causa data, causa non secuta*, ridomandare quel che diede. Perocchè, giusta il concetto romano, solo nella giusta espettazione che l'altro avrebbe súbito fatto quel che gl'incombeva, egli si è indotto dal suo canto ad eseguire cotal prestazione. Or fino a quando chi ha ricevuto una data cosa non esegue la promessa da lui fatta, possiede cotesto oggetto senza una sufficiente ragion giuridica, *sine causa*, e perciò è giusto che tale stato di cose non perduri.

Quae (iuris gentium conventiones) pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emtio, venditio, locatio, conductio, societas, commodatum, depositum, et caeteri similes contractus. Sed, et si in alium contractum res non transeat, *subsit tamen causa*, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem; ut puta, dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias; hoc συνάλλαγμα, id est, contractum esse et hinc nasci civilem obligationem... Sed quum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem. ULPIAN., fr. 7, §. 1, 2 et 4, D., II, 14, *de pactis*.

Naturalis meus filius servit tibi, et tuus filius mihi; convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres, et ego tuum. Ego manumisi, tu non manumisisti; qua actione mihi tenearis, quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest, qui in his competit speciebus. Aut enim *do tibi, ut des*, aut *do, ut facias*, aut *facio, ut des*, aut *facio, ut facias*; in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur.

Et siquidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emtio et venditio est; sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet, permutationem rerum emtionem esse, dubium non est, nasci civilem obligationem; in qua actione id veniet, non ut reddas, quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit, accipere *vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum, re non secuta*. PAULUS, fr. 5, §. 1 et 2, D., XIX, 5, *De praescriptis verbis*.

§. 131.

Delle obbligazioni che si contraggono verbis, *e della stipulatio in particolare.*

GAI, *Comm., lib. III*, §. 92, *seq.* — *Inst. lib. III, tit.* 15, *De verborum obligatione.* — *tit.* 18, *De divisione stipulationum.* — *tit.* 19, *De inutilibus stipulationibus.* — *Dig., lib. XLV, tit.* 1, *De verborum obligationibus.* — *Cod. lib. VIII, tit.* 38, *De contrahenda et committenda stipulatione.* — *tit.* 39, *De inutilibus stipulationibus.*

Quella *verborum obligatio*, che antonomasticamente vien indicata con questo nome, e che occupa un posto così importante in tutto il ro-

mano sistema de'contratti e delle obbligazioni, è la *stipulatio*. Gli stessi romani la consideravano qual base di tutto il loro sistema contrattuale, ed in realtà, questo riceve il vero suo lume da un esatto comprendimento della teoria della stipulazione.

L'essenza della stipulazione consisteva in una orale dimanda e risposta de'contraenti, l'una combaciante immediatamente con l'altra, ed appieno corrispondente per rispetto ad una determinata prestazione. Dovea quindi precedere un'orale interrogazione di colui che volea farsi promettere alcuna cosa, e con tale dimanda egli, già presente in persona, richiedeva all'altro che pur doveva assistervi, se volesse addossarsi una prestazione pienamente determinata quanto al suo obbietto. Allorchè a questa orale interrogazione, *stipulatio* propriamente detta, la persona interrogata rispondeva subito oralmente, non già solo affermando e consentendo, ma adequatamente e uniformemente alla dimanda, *congruenter*, che ella si prendeva il carico della richiesta prestazione, il che dicevasi *promissio* nel proprio senso, ne risultava una obbligazione di debito non pur convenzionale, ma eziandio, appunto per virtù delle parole, *verba*, pronunziate da'due paciscenti, rigorosamente riscotibile con un'azione. Nè anche c'era bisogno di avere a provar di poi la materiale esistenza della *causa obligationis*, ma bastava del tutto la osservata *verborum solemnitas*.

Di qui segue che, oltre a'requisiti comuni ad ogni convenzione, dovea in ogni valida stipulazione richiedersi, appunto per cagione della suddetta speciale sua forma, e l'attitudine di udire e di parlare, e la personale presenza di entrambi i contraenti. Inoltre, almeno in certe forme di stipulazioni, segnatamente nelle *sponsiones* propriamente dette, i contraenti esser doveano tutti e due cittadini romani. Infine, la stipulazione ne' primi tempi non potea concludersi che in idioma romano, e con adoperare certe formule solenni all'uopo prescritte, come *spondere*, *promittere*, *fidepromittere*, *dare*. Dalla diversità delle formole adoperate dipendeva per antico, almeno in parte, la diversa efficacia della stipulazione. Per verità un atto scritto, *cautio*, comprovante il fatto e 'l contenuto della stipulazione non mai fu legalmente richiesto, ma sì molto usitato, e ciò trova la sua spiegazione in questo, che i romani prima di conchiudere importanti faccende con la stipulazione, a fin di rimuovere possibili equivoci ed errori, solevano mettere in iscritto le parole da doversi adoperare, e poi leggerle ad alta voce. Nel tempo posteriore del dritto romano a cotesto titolo di stipulazione riconosciuto da entrambi i contraenti, fu data un'importanza affatto speciale, giacchè in tal modo aveasi bella e fatta la prova della forma essenziale della stipulazione, specialmente quella della personale presenza delle parti. Sovrattutto un peculiare rescritto di Giustiniano statuì che quando gl'interessati sieusi in questo atto espressamente indicati come presenti, forza è si tenga per vera la loro presenza per sino che colui che per avventura la neghi, non giunga a provare nel più preciso modo un *alibi*, cioè la negativa coartata per rispetto al giorno nominato nel titolo. Nel nuovo dritto romano la stipulazio-

ne prese iu generale una forma molto più libera; poichè si può farla in ogni lingua a piacer delle parti, e, senza esser elleno costrette a far uso di formole determinate, con parole quali che siano, purchè esprimano il loro pensiero. Il perchè non monta se le stesse parole della dimanda furono o no ripetute dal promittente quando già dalla sua risposta chiaramente risulti lui aver promesso ed assunto quel medesimo che fu voluto dallo stipulatore.

Adunque con le discorse condizioni la stipulazione divenne una forma generalissima, facile e comoda a un tempo, e della quale poteva essere rivestito ogni accordo convenzionale e, quando per ragioni formali esso non poteva dar luogo ad azione, gli si poteva conferire la efficacia di un *contractus*. Anche le obbligazioni già validate da un'azione potevano, per uno scopo peculiare, tramutarsi dipoi in istipulazioni. Anzi alcune obbligazioni aveano per proprio di non si poter contrarre salvo che in questa forma di stipulazione.

Quanto al suo contenuto, primitivamente l' obbietto della stipulazione non poteva essere che un *certum*. Solo in processo di tempo si permise anche un *incertum*, e più tosto presto anzi che no. Un' altra limitazione della stipulazione concernente il suo contenuto fu il divieto della *stipulatio post mortem;* cioè che la stipulazione non si poteva riferire alla morte dello stipulatore nè a quella del promittente, per guisa che la sua efficacia dovesse aver luogo per gli eredi dello stipulatore o del promittente. Ma Giustiniano permise sì fatta *stipulatio post mortem*, mentre prima non vi si rimediava che con mezzi artificiali ed indiretti, segnatamente con l' intervento di un *adstipulator* e *adpromissor*. Alla possibile diversità dell'obbietto e dello scopo rapportasi altresì la divisione delle *stipulationes* in *conventionales*, *praetoriae*, *iudiciales et communes*. Le *conventionales* si fondano solo sull'accordo delle parti, mentre le *iudiciales* diconsi quelle, alle quali il giudice poteva compellere; *praetoriae* quelle che d' ordine del pretore l'una parte dovea prestare all' altra. Finalmente s' indicavano come *communes* quelle, la cui prestazione era imposta alle parti ora dal pretore, ora dal giudice secondo le circostanze.

Finalmente per ciò che risguarda l' efficacia della stipulazione, diciamo che già risiedea nella sua essenza il non costituir sempre che un contratto unilaterale obbligante un solo de' contraenti, il promittente; e non una *ultro citroque obligatio*. Però il solo *stipulator* avea naturalmente un'azione per lo adempimento della promessa ; la quale azione quando l'obbietto era un *certum* e propriamente una determinata somma di danaro, dicevasi *condictio certi ex stipulatu;* quando il *certum* era di un'altra specie, *condictio triticaria*. Se, poi, l'obbietto era un *incertum*, l' azione dicevasi *actio ex stipulatu*. In entrambi questi casi, appunto per cagione della stretta unilateralità di tal rapporto di obbligazione, essa era scolpitamente *stricti iuris*. Tuttavolta, man mano si venne a questo, che per mezzo di molte clausole ed espressioni adoperate da' contraenti (segnatamente con le parole *ex fide bona*) la stipulazione potè accostarsi in certi suoi effetti ad un *bonae fi-*

dei contractus. Anzi Giustiniano ha per un determinato caso innalzata l'*actio ex stipulatu* ad una *bonae fidei actio* (1).

Oltre della stipulazione il dritto romano nomina alcune altre obbligazioni provvedute di azione, e a riguardo delle quali si dice *verbis contrahitur obligatio*. Ma in questo caso il *contrahere obligationem* vien preso in un senso più largo, e non indica un accordo proprio convenzionale, rivestito di rigorosa forma verbale. Piuttosto non si esprime altro che questo, cioè dire che in certi casi anche una *promessa* semplicemente *unilaterale*, *formale*, *orale* di una prestazione dà a colui, cui la vien fatta, anche senza precedente formale interrogazione, *uno tantum loquente*, un dritto sperimentabile con azione. Quì si riferisce anzi tutto il caso della *dotis dictio*. Della propria qualità di essa ci è sol noto che quando, ancor senza precedente dimanda, la sposa, o la moglie stessa, o per suo incarico il debitore di lei, od il suo agnato ascendente paterno aveva promesso unilateralmente una *dos* al fidanzato od al marito, questi potevano agire pel pagamento di essa senza ostacoli di sorta (2). Nel nuovissimo dritto romano non è rimasto sul proposito che il semplice principio, bastare cioè la semplice promessa di una dote, *dotis pollicitatio*, perchè si resti obbligato con azione al pagamento di essa. Qui si riferisce eziandio la *iurata promissio operarum liberti*, di cui non abbiamo che pochissime notizie. Essa collegasi con lo speciale rapporto ch' è tra il padrone ed il servo prima e dopo la manomissione, ed era una promessa del manomesso, orale sì, ma confermata con giuramento, mercè la quale ei si obbligava con azione verso il suo manomettente a certe straordinarie opere o servigi, *operae*, *dona*, *munus* (3).

Dicta stipulatio a stipula. Veteres enim, quando sibi aliquid promittebant, stipulam tenentes frangebant, quam iterum iungentes, sponsiones suas agnoscebant. Isidor., *Origin.*, lib. VI, cap. 24.

Stipem esse nummum signatum, testimonio est et id, quod datur stipendium militi, et quum spondetur pecunia, quod stipulari dicitur. Festus, voc. *stipem*.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsione, quum quid dari fierive nobis stipulamur. Ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta; quae hoc nomine inde utitur, quia stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens.

In hac re olim talia verba tradita fuerunt: *Spondes? Spondeo. — Promittis? Promitto. — Fidepromittis? Fidepromitto. — Fideiubes? Fideiubeo. — Dabis? Dabo. — Facies? Faciam.* Utrum autem latina an graeca, vel qua alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest, scilicet si uterque stipulantium intellectum huius linguae habeat; nec necesse est, eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogata respondere; quin etiam duo Graeci latina lingua obligationem contrahere possunt. Sed haec solemnia verba olim quidem in usu fuerunt; postea autem Leoniana constitutio lata est, quae, solemnitate verborum sublata, sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscunque verbis expressum est. Pr., et §. 1, Inst., III, 15, *De verborum obligatione*.

(1) V. più innanzi il §. 165.
(2) V. lo stesso §. 165.
(3) V. sopra il §. 73.

Item verborum obligatio inter *absentes* concepta inutilis est. Sed quum hoc materiam litium contentiosis hominibus praestabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus, et non praesentes esse vel se, vel adversarios suos contendentibus, ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Caesarienses advocatos scripsimus ; per quam disposuimus, tales scripturas, quae praesto esse partes indicant, omnimodo esse credendas, nisi ipse, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus, vel per scripturam, vel per testes idoneos approbaverit, in ipso toto die, quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis esse.

Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis, quam post mortem eius, a quo stipulabatur... Sed, quum (ut iam dictum est) ex consensu contrahentium stipulationes valent, placuit nobis etiam in hunc iuris articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem, sive pridie quam morietur stipulator, sive promissor, stipulatio concepta est, valeat stipulatio. §. 12 et 13, Inst., III, *de inutilibus stipulationibus*.

Possumus tamen ad id, quod stipulamur, alium adhibere, qui idem stipuletur, quem vulgo *adstipulatorem* vocamus... Adstipulatorem vero tunc adhibemus, quum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur : quod stipulando nihil agimus. Adhibetur autem adstipulator, ut is post mortem nostram agat ; qui, si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi tenetur. Gai., *Comm.*, III, §. 10 et 17.

Stipulationum aliae iudiciales sunt, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes, tam praetoriae, quam iudiciales. *Iudiciales* sunt duntaxat, quae a mero iudicis officio proficiscuntur, veluti de dolo cautio, vel de persequendo servo, qui in fuga est, restituendove pretio. *Praetoriae*, quae a mero praetoris officio proficiscuntur, veluti damni *infecti*, vel legatorum... *Conventionales* sunt, quae ex conventione utrinsque partis concipiuntur, hoc est, neque iussu iudicis, neque iussu praetoris, sed ex conventione contrahentium; quarum totidem genera sunt, quot, paene dixerim, rerum contrahendarum. *Communes* sunt stipulationes, veluti, rem salvam fore pupilli ; nam et praetor iubet, rem salvam fore pupillo caveri, et interdum iudex, si aliter expediri haec res non potest, vel de rato stipulatio. Pr., §. 1-4, Inst., III, 18, *de divisione stipulationum*.

Sunt et aliae obligationes, quae nulla praecedente interrogatione contrahi possunt, id est, ut si mulier, sive sponso uxor futura, sive iam marito dotem dicat. Quod tam de mobilibus rebus, quam de fundis fieri potest. Et non solum in hac obligatione ipsa mulier obligabitur, sed et pater eius, et debitor mulieris, si pecuniam, quam illi debebat, sponso creditricis ipse debitor in dotem dixerit. Hae tantum tres personae, nulla interrogatione praecedente, possunt dictione dotis legitime obligari. Aliae vero personae, si pro muliere dotem marito promiserint, communi iure obligari debet, id est, ut et interrogatae respondeant, et stipulatae (?) promittant.

Item et alio casu, uno loquente, et sine interrogatione alio promittente, contrahitur obligatio, id est, si libertus patrono aut donum, aut munus, aut operas se daturum esse iuraverit... In qua re supra dicti liberti non tam verborum solemnitate, quam iurisiurandi religione tenentur. Sed nulla altera persona hoc ordine obligari potest. Gai., Epit. Inst., II, tit. 9, §. 3 et 4.

Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est, et debitor mulieris, si iussu eius dicat ; item parens mulieris, virilis sexus, per virilem sexum cognatione iunctus, velut pater, avus paternus dare, promittere dotem omnes possunt. Ulpian., fram. tit. VI, §. 2.

§. 132.

Della fideiussione e delle intercessiones in generale.

Gai., *Comm. lib. III*, §. 115, *sq.* — *Inst. lib. III, tit.* 20, *de fideiussoribus.* — *Dig. lib. XL VI, tit.* 1. *de fideiussoribus et mandatoribus.* — *Cod. lib. VIII, tit.* 41, *de fideiussoribus et mondatoribus.* — *Dig. lib. XCI, tit.* 1, *ad senatusconsultum Vellejanum.* — *Cod. lib. IV, tit.* 29, *ad senatuscons. Vellej.*

Fra le convenzioni che per produrre un' azione è necessità sien rivestite della forma della stipulazione, alcune più importanti, segnatamente la *novatio* e *l'acceptilatio*, saranno toccate più appresso, là dove parleremo della dottrina della estinzione delle obbligazioni. All'incontro qui viene il dover parlare in ispecialità della *fideiussio*, siccome quella che nel sistema delle obbligazioni per noi seguito non trova alcun altro posto speciale.

La *Intercessio* in generale, di cui la *fideiussio* ci si appresenta come una specie particolare, è il volontario addossarsi un pericolo patrimoniale d'altrui, che di regola consiste nell' assumere il debito d'altri derivante da obbligazione naturale o civile. Quanto al suo scopo, essa può aver luogo in due modi. L' uno è quando il precedente debitore viene a liberarsi dalla sua obbligazione mediante una novazione, per guisa che l'*intercedens* resta egli solo obbligato per l'avvenire, *expromissio;* l'altro è quando il medesimo debitore continua ad essere obbligato insieme con l'intercedente.

Un caso principale di quest'ultima specie d'intercessione ci offre la *fideiussio*, mercè cui chi vuol dare maggiore sicurtà al creditore si obbliga verso di lui nella forma della stipulazione di esser tenuto pel debitore in qualità di fideiussore. Questa *fideiussio* è rimasta nel nuovissimo dritto romano solo come l'unica forma, in che possa darsi una guarantigia per istipulazione; mentrechè prima vi erano tre forme, la *sponsio*, la *fidepromissio*, e la *fideiussio*. Al tempo del primitivo rigore il fideiussore garentiva tutto quanto doveva il debitore principale, e perciò *principaliter;* ma, dopo la mitigazione addotta dal dritto novello, il fideiussore garentisce sussidiariamente, dopo il debitor principale; vale a dire, posciachè il creditore per mezzo della escussione, *excussio*, procurò, ma invano, di esser satisfatto dal debitore principale. E questo è il così detto *beneficium excussionis* (1).

(1) Nel dritto giustinianeo la distinzione delle varie specie di garentia con istipulazione fu tolta di mezzo: tutt'i garanti con istipulazione vengono riguardati come *fideiussores*. Le leggi che si riferiscono a cotesta distinzione (*apulea, furia, publilia*) non tengono più nulla; il *beneficium legis Corneliae* ancor esso cessò. Pertanto tre *beneficia* si riconoscono a pro de' garanti: il *beneficium cedendarum actionum*; il *beneficium divisionis ex epistola D. Adriani*, e quello che Giustiniano accordò per primo, cioè il *beneficium excussionis s. ordinis. Il Trad.*

Inoltre, poichè non mancano di coloro, che leggieri come sono od ignari del dritto non sanno estimare convenientemente il pericolo più o meno remoto, al quale si espongono per mezzo della intercessione, si son fatte certe restrizioni a pro di alcune persone che volessero intercedere. Queste risguardano sovrattutto le donne, alle quali, sotto gl'imperatori Augusto e Claudio, fu assolutamente proibito d'*intercedere* pe' loro mariti; e per verità il sinistro da temere è qui maggiore sotto ogni rapporto, giacchè il marito ha troppi mezzi in suo potere per indurre la moglie a simiglianti intercessioni per le quali pericola il patrimonio di lei. Vero è che potevano elleno intercedere per altri; ma poichè, cessata che fu la *legitima agnatorum tutela* su le *mulieres*, esse conseguirono una indipendenza spesso pericolosa, pel *Senatusconsultum Velleianum*, tranne pochi casi, fu loro dato un mezzo sicuro ed efficace contro il pericolo che minacciava il loro patrimonio. Imperocchè, sebbene potevano essere dal creditore compulse al pagamento in vece d'altri per effetto dell'intercessione, pure era libera la via per sottrarsi ad ogni responsabilità sol che, invocando il senatoconsulto Velleiano, allegassero la eccezione che si adagiava su di esso. A tutte queste limitazioni Giustiniano ne aggiunse ancora una nuova provvedendo che tutte le intercessioni delle donne dovessero assolutamente dirsi nulle *ipso iure*, salvo quelle che, oltre la osservanza delle forme ordinarie, si fossero fatte in atto pubblico e soscritto da tre testimoni (1). Ma, pur quando siansi osservate tutte queste formalità, resta ancor sempre alla donna il dritto di far uso della *exceptio senatusconsulti Velleiani*. Nelle intercessioni pe' propri mariti non si ha neppur bisogno di cotesta eccezione.

Pro eo, qui promittit, solent alii obligari, qui fideiussores appellantur, quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit. In omnibus autem obligationibus assumi possunt, id est, sive re, sive verbis, sive literis, sive consensu contractae fuerint. At ne illud quidem interest, utrum civilis, an naturalis sit obligatio, cui adjiciatur fideiussor. Pr., et §. 1, Inst., III, 20, *De fideiussoribus*.

Iure nostro est potestas creditori, relicto reo, eligendi fideiussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur. Antoninus, c. 5, C., VIII, 41, *de fideiussoribus et mandatoribus*.

Si quis igitur crediderit, et fideiussorem aut mandatorem, aut sponsorem acceperit, is non primum adversus mandatorem, aut fideiussorem, aut sponsorem accedat, neque negligens debitoris intercessoribus molestus sit, sed veniat primum ad eum qui aurum accepit debitumque contraxit. Et siquidem inde receperit, ab aliis abstineat (quid enim ei in extraneis erit a debitore completo?) Si vero non valuerit a debitore recipere aut in partem, aut in totum, secundum

---

(1) Tutte le predette disposizioni risguardanti le intercessioni delle donne si accordarono pienamente col dritto più antico e co' costumi de' primi tempi, certo non simiglianti a quelli che erano in voga all' età di Augusto e di Claudio. Vi è legame di successione e di connessità. *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt, et ideo ne iudices esse possunt, nec magistratum gerere, nec pro alio intervenire, nec procuratores exsistere.* L. 1, §. 1, D. eod. L. 2, pr. D. de R. I. (50, 17). Vedi pure la leg. 2, §. 1, D. ult. ad S. C. Vell. (16, 1).
Il Trad.

quod ab eo non potuerit recipere, secundum hoc ad fideiussorem, aut sponsorem, aut mandatorem veniat, et ab illo, quod reliquum est, sumat. Iustinianus, Novella 4, cap. 1.

Et primo quidem temporibus *Divi Augusti*, mox deinde *Claudii*, edictis eorum erat interdictum, ne foeminae pro viris suis intercederent. Postea factum est senatusconsultum, quo plenissime foeminis omnibus subventum est. Ulpian., fr. 2, pr. et §. 1, D., XVI, 1, *ad senatusconsultum Velleianum.*

Sed ita demum iis subvenit, si non callide sint versatae... Infirmitas enim foeminarum, non calliditas auxilium demit (demeruit?). Idem, fr. 2, §. 3, D., eod.

Si, quum ipse mutuam pecuniam acciperes, mater tua, contra amplissimi ordinis consultum, fidem suam interposuit, exceptione se tueri potest. Antoninus, c. 3, C., IV, 29, *Ad Senat. Vellei.*

Ne autem mulieres perperam sese pro aliis interponant, sancimus, non aliter eas in tali contractu posse pro aliis sese obligare, nisi instrumento publice confecto et a tribus testibus subsignato, accipiant homines a muliere pro aliis confessionem; tunc etenim tantummodo eas obligari et sic omnia tractari, quae de intercessionibus foeminarum, vel veteribus legibus cauta, vel ab imperiali auctoritate introducta sunt. Sin autem extra eamdem observationem mulieres susceperint intercedentes, pro nihilo habeatur huiusmodi scriptura, vel sine scriptis obligatio, tamquam nec confecta, nec penitus scripta, ut nec senatusconsulti auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto. Iustinianus, c. 23, §. 2, C., eod.

Et illud vero praevidimus pro subiectorum utilitate corrigere, ut, si qua mulier crediti instrumento consentiat proprio viro, aut scribat, et propriam substantiam, aut se ipsam obligatam faciat, iubemus, nullatenus huiusmodi valere aut tenere, sive semel, sive multoties huiusmodi aliquid pro eadem re fiat. Iustinianus, Nov. 134, c. 8.

§. 133.

Delle obbligazioni che si contraggono literis.

Gai. Comm. lib. III, §. 128, *sq.* — *Inst. lib. III, tit. 21. de literarum obligatione.* — *Cod. lib. IV, tit. 30, de non numerata pecunia.*

Un chirografo rilasciato dal debitore, *cautio*, *chirographum*, detto specialmente nel mutuo *nomen arcarium*, può naturalmente essere prova di un'*obligatio* già esistente e provveduta di azione; *obligationis factae testimonium*. Ma bene affatto diverso è il caso in cui la *causa civilis* propriamente detta, cioè tutta la indipendente ragion civile, per cui un' *obligatio* può produrre un' azione, riposa su ciò che si è scritto, *ubi literae obligationem faciunt*.

L'antico dritto romano riconosceva una simigliante e vera *literarum obligatio* nel *contractus nominum*. Questo contratto si perde nei tempi più antichi, e si rannodava al costume di tutti i discreti cittadini romani di tenere accuratamente de' libri domestici, *tabulas domesticas*, *codices accepti et expensi*, e consisteva nella formale inserzione di una partita di debito o credito in cotesto registro domestico (1). Per tal

(1) Le somme, che non erano iscritte, perchè di poco valore, dicevansi *pecuniae extraordinariae*. Il tenor questi libri era un dovere: la negligenza faceva

guisa presso che tutte le specie di obbligazione poterono inchiudersi nella forma di questa *literarum obligatio*, ed elevarsi al grado d' obbligazioni letterali indipendenti. Se ciò avveniva per rispetto ad una *obligatio*, che già prima avesse avuta un'altra *causa*, si aveva un *transcriptitium nomen*. L' inserto (*literae*) costituiva una *causa* indipendente al modo stesso che le *verba* nella stipulazione. Del resto, l'intima composizione di cotesti registri è ignota, come pure la specie e la forma della inserzione di ogni partita di debito attivo o passivo. Il che spiega come per tempo anzi che no quell' uso comune di tenere ordinatamente consimili registri domestici e di vigilare con rigorosa esattezza alla loro regolarità, fece cadere in desuetudine il primitivo *contractus nominum*. E già assai prima de' tempi di Giustiniano non più v'ebbe una vera *literarum obligatio*.

Allorchè poi gli autori delle Istituzioni di Giustiniano, in grazia del precedente sistema contrattuale, nella rubrica, già da gran tempo vòta, ove dicevasi *literis contrahitur obligatio*, vollero intromettere la teoria della *exceptio non numeratae pecuniae*, fecero cosa forzata e non acconcia. Tale teoria va in questo modo. Chi riconosceva di aver ricevuto in prestito una somma mercè una cedola d' obbligazione, *cautio, chirographum*, senza che gliela si fosse effettivamente contata, vien fatto securo dalle consegnenze della sua imprudenza in un modo tutto speciale. Nel corso di due anni (prima di Giustiniano tra lo spazio di un lustro), quando vien citato in virtù di quella cedola alla restituzione della somma prestata, ei può togliere ogni prova al *chirographum* sol che deduca la *exceptio non numeratae pecuniae*. Anzi, durante lo stesso termine, egli può agire contro il possessore del *chirographum* e ridomandar questo per essere sicuro in ogni caso avvenire. Ma se consentì che il chirografo restasse due anni nelle mani dell' avversario senza fare istanza di sorta, *queri*, e senza oprar nulla in contrario, tale scrittura acquistava fede piena contro di lui, e rimanea debitore della somma prestata, e ciò non per altro se non *perchè ne accusò la ricevuta* e *per gran tempo ne lasciò la scritta presso il creditore*. Certo, ci è in questo alcun che di speciale, ma non ha il senso e il significato di una *literarum obligatio*.

Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu. Pr., Inst., III, 21, *de literarum obligationibus*.

Moris autem fuit, unumquemque domesticam rationem sibi totius vitae suae per dies singulos scribere, ex qua appareret, quid quisque de reditibus suis, quid de arte, foenore, lucrove seposuisset quoque die, et quid idem sumtus damnive fecisset. Sed postquam, obsignandis literis reorum, ex suis quisque tabulis damnari coepit, ad nostram memoriam tota haec vetus consuetudo cessavit. Asconius, in *Cicer. Orat. in Verr.* act. II, lib. 1, cap. 23.

---

arguire la mala fede. Gli *adversaria* non erano che libri di notizie per provvisorio ricordo. La inserzione dovea farsi col consenso di ambo le parti, la cui presenza non era necessaria. Cic. pro Rosc. com. 1, Verr., I. 59, ad Ott. IV, 17.

Il Trad.

Litteris obligatio fit, veluti in nominibus transcriptitiis. Fit autem nomen transcriptitium duplici modo, vel a re in personam, vel a persona in personam. A re in personam transcriptio fit, veluti si id, quod tu ex emtionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, inde expensum tibi tulero. A persona in personam transcriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi inde expensum tulero, id est si Titius te (*pro*) se delegaverit mihi.

Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur; in his enim rei, non litterarum obligatio consistit; quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae rei facit obligationem: qua de causa recte dicemus, arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere.

Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se, aut daturum se scribat; ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat; quod genus obligationis proprium peregrinorum est. Gai., *Comm.*, III, §. 128-134.

Plane, si quis debere se scripserit, quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest; hoc enim saepissimo constitutum est. Sic fit, ut hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur; et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat. Sed, ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coartatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur. Tit. Inst., *de litterarum obligatione*, III, 21.

§. 134.

De' contratti produttivi di azione col solo consensus.

Gai., *Comm. lib. III*, §. 135, *sq.* — *Inst. lib. III. tit.* 22, *de obligatione consensus.*

Qui viene il dover discorrere di quattro contratti, che secondo l'antico dritto civile aveano per proprio di produrre azioni *solo consensu*, cioè per la sola circostanza che i contraenti erano stati d'accordo, senza aver riguardo alla forma del loro reciproco acconsentire. Questa è la regola. Se non che le parti poteano espressamente pattuire, come un'eccezione, che la perfezione di tal contratto dovesse farsi dipendere dal porre in uso una forma peculiare, e in ispecialità dal suo distendimento in iscritto. In tal caso ciascuno de' contraenti è libero, sino a che non si faccia l'*instrumentum*, di desistere, se così vuole, dal contratto. I contratti consensuali hanno eziandio una altra qualità ch'è loro comune, ed è che essi, in quanto all'origine, sono spiegatamente *iuris gentium*, e, rispetto alla essenza, *bonae fidei*. E diconsi *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas* e *mandatum*.

Consensu fiunt obligationes in emtionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura, neque praesentia omnimodo opus est, ac nec dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit, eos, qui negotia gerunt, consentire. Unde inter absentes quoquo talia negotia contrahun-

tur, veluti per epistolam, aut per nuncium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, quum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat. Pr. — §. 3, Inst., III, 22, *de consensus obligatione*.

Sed haec quidem de emtionibus et venditionibus, quae sine scriptura consistunt, obtinere oportet; nam nihil a nobis in huiusmodi venditionibus innovatum est. In iis autem, quae scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem et emtionem constituimus, nisi et instrumenta emtionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta, et si per tabelliones fiunt, nisi et completiones acceperint, et fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, et poenitentiae locus est, et potest emtor vel venditor sine poena recedere ab emtione. Pr., Inst., III, 23, *de emtione et venditione*.

§. 135.

Del contratto di compra.

GAI., *Comm. lib. III*, §. 139, *sq.* — *Inst. lib. III, tit. 33, de emtione et venditione.* — *Dig. lib. XVIII, tit. 1, de contrahenda emptione etc. Dig. lib. XIX, tit. de actionibus emti et venditi.* — *Cod. lib. IV, tit. 38, de contrahenda emptione et venditione. tit. 49, de actione empti et venditi.* — *Dig. lib. XXI, tit. 2, de evictionibus et duplae stipulatione. tit. 2, de aediticio edicto et redhibitoria et quanti minoris.* — *Cod. lib. VIII, tit. 45, de evictionibus.* — *Cod. lib. IV, tit. 58, de aediliciis actionibus.*

Il contratto di compra-vendita, *emptio et venditio*, od anche *emtio venditio*, consiste in ciò, che l'un contraente, il venditore, *venditor*, promette di consegnare una cosa all'altro contraente, al compratore, *emtor*, per una data somma di danaro, *pretium*, che n'è l'equivalente. I Sabiniani aveano opinato che anche compra-vendita vi fosse là dove per la cosa non già pecunia, ma un altro oggetto fu promesso. Ma quella de' Proculeani, di dovere necessariamente il *pretium* consistere in danaro, trionfò. Onde che il contratto di permuta vuolsi dire diverso affatto da qnello della compra-vendita.

Da questo contratto nascono per entrambi i contraenti due reciproche obbligazioni, *ultro citroque obligationes*, ma, come indica il duplice suo nome *emptio venditio*, diverse per ognuno; ed il loro adempimento può chiedersi dal venditore con l'*actio venditi*, dal compratore con l'*actio empti*. Quando nulla di speciale siasi pattuito intorno a ciò, le reciproche obbligazioni da eseguirsi ad un tratto, in un medesimo tempo, son queste:

Il compratore dal canto suo è tenuto *ex emtione*, *ex emto*, e dee pagare il prezzo convenuto. Dal quale obbligo no 'l proscioglie nemmeno la circostanza, che la cosa a lui venduta anche innanzi alla tradizione sia perita per un accidente; essendochè non sì tosto che il contratto è conchiuso, il *periculum* di una possibile distrazione della cosa comprata va a carico del compratore. Inoltre, se il prezzo pattuito sia o no perfettamente proporzionato al valor della cosa, non importa nulla; giacchè su questo punto, nel singolo caso, decide il peculiare

interesse delle parti; potendo una medesima cosa per uno valere di più, per un altro meno, e in generale si può acquistare ora a prezzo alto, ora a buon mercato. Nondimeno vi son posti alcuni limiti legali, in quanto che, giusta un rescritto di Diocleziano e Massimiano, almeno il venditore di un fondo leso *enormiter*, per dirla con la voce tecnica, mentre nemmeno ha riscosso la metà del giusto valore, può far rescindere la vendita sempre che il compratore non si offra pronto a pagare quel che manca.

All'incontro il venditore è tenuto *ex venditione, ex vendito*, e deve consegnare al compratore la cosa venduta, *cum omni causa*, e prestargli garentia sotto duplice rapporto. Dev'egli, cioè, pria di tutto, non per guisa diretta rendere il compratore proprietario della cosa a lui venduta: ma però deve far sicurtà *ut emptor rem habere liceat, evictionem praestare*. Inoltre, deve dar garentia che la cosa venduta non abbia vizi occulti straordinari, fisici, e che essa non sia priva delle buone qualità dichiarate. Anticamente cotal duplice obbligo di garentia non avea luogo di pieno dritto con tutto questo rigore per virtù del contratto, ma solo quando lo si fosse espressamente assunto mediante stipulazione. Però più tardi, specialmente per opra del dritto pretorio ed edilicio, venne esso considerato come sottointeso ed inerente alla essenza del contratto di vendita; dapprima solo nelle alienazioni di certe mercatanzie, segnatamente di schiavi e bestie da soma, poscia in quelle di ogni altra cosa. Le azioni che per questo obbligo di garentia competono sono l'azione del contratto, *actio empti*, le due azioni edilizie, l'*actio redhibitoria* e l'*actio quanti minoris*, e finalmente al compratore un'*actio ex stipulatu*; quest'ultima ha luogo nel caso che il compratore abbia formalmente voluto per tutti questi rapporti assicurarsi di quel che anche pel nuovissimo dritto può chiedere mediante una speciale promessa del venditore.

Obbligo comune ad entrambi i contraenti è l'essere l'un verso l'altro tenuti per ogni sorta di *culpa*.

Emtio et venditio contrahitur, simulatque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit. Nam quod arrhae nomine datur, argumentum est emtionis et venditionis contractae.

Pretium autem constitui oportet, nam nulla emtio sine pretio esse potest; sed et certum pretium esse debet.

Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in ceteris rebus, an pretium esse possit, veluti an homo, aut fundus, aut toga alterius rei pretium esse possit, valde querebatur. . . Sed Proculi sententia dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus, a venditione separatam, merito praevaluit.

Quum autem emtio et venditio contracta sit, quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, quum sine scriptura res agitur, periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet, tametsi adhuc ea res emtori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua corporis parte laesus fuerit, aut aedes totae, vel aliqua ex parte incendio consumtae fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae, aut arboribus turbine deiectis longe

minor, aut deterior esse coeperit, emtoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emtionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emtoris commodum pertinct. Nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est. Pr., §. 1, 2 et 3, Inst., III, 23, *de emtione et venditione.*

Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emtor in venditorem. Ulpian., fr. I, D., XXI. 2, *de evictionibus et duplae stipulatione.*

Aiunt aediles: *Qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, quid morbi, vitiique cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit, eademque omnia, quum ea mancipia venibunt, palam recte pronuncianto. Quod si mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, quum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicetur, emtori omnibusque, ad quos ea res pertinet, iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur.*

Causa huius edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emtoris succurratur, quicunque decepti a venditoribus fuerint; dummodo sciamus, venditorem, etiamsi ignoravit ca, quac aediles praestare iubent, tamen teneri debere. Ulpian., fr. 1, §. 1 et 2, D., XXI, 1, *de aedilitio edicto.*

Est in potestate emtoris, intra sex menses redhibitoria agere mallet, an ea, quae datur quanti minoris homo, quum veniret, fuerit. Iulianus, fr. 25, §. 1, D., XLIV, 2, *de exceptione rei iud.*

§. 136.

Del contratto di locazione.

Gai. *Comm. lib. III*, §. 142 *sq*. — *Inst. lib. III*, *tit.* 24, *de locatione et conductione.* — *Dig. lib. XIX*, *tit.* 2, *locati conducti.* — *Cod. lib. IV*, *tit.* 65, *de locato et conducto.*

Il contratto di locazione-conduzione, *locatio et conductio*, od anche *locatio conductio*, consiste in ciò, che l' uno contraente, il locatore, *locator*, promette al conduttore, *canductor*, *colonus*, per una determinata somma di danaro, fitto, pigione, *merces*, o la consegna di una cosa per un uso ben assegnato, sempre però temporaneo, o la prestazione di certi servigi e lavori.

Anche da questo contratto restano i due contraenti obbligati con *ultro citroque obligationes;* ma, di pari che nel contratto di vendita, ognuno per isspeciali e diverse prestazioni, come ce l'indica il suo nome composto di due voci *lacatio* e *conductio*. Epperò l' un contraente ha un' azione speciale contro l' altro; il locatore l' *actio locati*, il conduttore l'*actio conducti*.

Il locatore è obbligato, nella *locatio conductia rerum*, di consegnare la cosa data in affitto od a pigione in istato locativo per la durata del tempo pattovito, *rem ad usum habilem praestare;* nella *locatio conductio aperarum* di prestare le *operae illiberales*, *s. locari solitae*, secondo le indicazioni del conduttore; finalmente, nella *locatio conductio operis* di eseguire giusta i patti e consegnar l' opera pigliata a cottimo, come uno stabilito risultato del servigio.

Per converso, il conduttore è tenuto di pagare il fitto o la pigione convenuta solo però nelle successive scadenze, e, dippiù, nella *locatio conductio rerum*, di restituire la cosa *in specie* cessato che sia l'affitto. Se poi la cosa, per effetto de' suoi vizi o di un evento quale che sia, non possa dare più gli utili per cui fu locata, l'inquilino o il conduttore può chiedere una proporzionata remissione, *remissio*, o della pigione o dell'affitto.

Entrambi questi contraenti sono tenuti l'un verso l'altro per ogni *culpa*.

Locatio et conductio proxima est emtioni et venditioni, iisdemque iuris regulis consistunt. Nam, ut emtio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit; et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti.

Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet, et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare. Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut iumenti mercedem, aut dedit, aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. Quam si praestiterit, et aliqno casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur. Pr. et §. 5, Inst., III, 24, *de loc. et cond.*

Emtori quidem fundi necesse non est, stare colono, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit. Alexand., c. 9, C., IV, 65, *de locato.*

Qui fundum fruendum, vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum, vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui, et inquilino habitare liceat; alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto. Gai., fr. 25, §. 1, D., XIX, 2, *Locati cond.*

Papinianus libro IV responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit ubertas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam eius anni, quo remisit, exigendam. Ulpian., fr. 15, §. 4, D., eod.

§. 137.

Del contratto di società, societas.

Gai. *Comm. lib. III*, §. 148, *sq.* — *Inst. lib. III, tit.* 25, *de societate.* — *Dig. lib. XVII, tit.* 2, pro socio. — *Cod. lib. IV, tit.* 37, *pro socio.*

Il contratto di società, *societas*, consiste in ciò, che i contraenti, i quali chiamansi egualmente *soci*, stabiliscono una certa comunanza di beni tra loro per raggiugnere un determinato e lecito scopo.

Per questa *societas*, la quale può senza dubbio esser molto svariata quanto all'obbietto ed all'estensione, e segnatamente diretta non solo sulla comunione di singole parti di patrimonio, ma anche, come *societas omnium bonorum*, su quella dell'intero patrimonio, tutt'i contraenti sono obbligati essenzialmente l'un verso l'altro, *ultro citroque*, non che alle stesse reciproche prestazioni. Così porta il dovere che ciascun di essi presti il valsente convenuto. Questo, nel dubbio, sarà eguale per tutti, ma si può pattuire che sia diverso; solo

però con la limitazione che non vi sia veruna donazione per un *socius*, o viceversa, che tutto l' onere esser debba di lui. Inoltre ogni socio deve agli altri, che lo richiedono, dar conto dell'amministrazione della società da lui tenuta, nella quale gestione ognuno aver deve *talem diligentiam, qualem in suis rebus adhibere solet*. A fin di conseguire questi dritti ad ogni *socius* compete contro l' altro l' *actio pro socio*, la quale è per tutti *directa*. Di più, il *socius*, che convenuto con quest' azione si lascia condannare, va noverato fra gl'infami.

La cessazione della società vien agevolata di molto per evitare le controversie così spesso nascenti dalla comunione infra i cointeressati tostochè non sieno più concordevoli. Di qui è che l'obbligo di una *societas in aeternum* non tiene, e in generale ogni socio, che non intende di restar più oltre in società, può uscirne da sè solo sempre che voglia, *renunciare*. Solo chi rinunciò *dolose* risponde del suo *dolus* verso il suo consorcio. Vuolsi notare un' altra particolarità, ed è che il precedente rapporto d' obbligazione risolvesi con la morte di un *socius*.

Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Graeci specialiter κοινοπραξίαν appellant, aut unius alicuius negotiationis, veluti mancipiorum emendorum vendendorumque, aut olei, vini, frumenti emendi vendendique.

Et quidem, si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. Quod si expressae fuerint partes, hae servari debent.

Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est, an etiam culpae, id est, desidiae atque negligentiae nomine, quaesitum est. Praevaluit tamen, etiam culpae nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim, talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam, qui parum diligentem socium sibi assumit, de se queri, hoc est, sibi imputare debet. Pr., §. 1 et 9, Inst., III, 25, *de societate*.

Nec praetermittendum esse, Pomponius ait, ita demum hoc esse verum, si honestae et licitae rei societas coita sit. Caeterum, si maleficii societas coita sit, constat, nullam esse societatem. Generaliter enim traditur, rerum inhonestarum nullam esse societatem. Ulpian., fr. 57, D., XVII, 2, *pro socio*.

Donationis causa societas recte non contrahitur. Idem, in fr. 5, §. 2, Dig. eod.

§. 138.

Del mandatum.

Gai. *Comm. lib. III*, §. 155, *sq.* — *Inst. lib. III, tit.* 26, *de mandato.* — *Dig.* — *lib. XVII, tit.* 1, *mandati vel contra* — *Cod. lib. IV, tit.* 35, *mandati vel contra.*

Il contratto di mandato, *mandatum*, si ha quando l' uno de' contraenti, il mandatario, *mandatarius*, *procurator*, promette all' altro, al mandante, *mandans*, di compiere gratuitamente per lui certi atti leciti senza distinzione di *operae liberales* e *illiberales*.

Da questa nozione del mandato consegue che esso in sè e per sè è un contratto unilaterale con cui un sol contraente, il *mandatarius*, resta direttamente obbligato a condurre a fine le altrui faccende con accuratezza e disinteresse, e darne conto. Onde il solo mandante assegue con questo contratto un' azione, cioè la *mandati actio*, contra il mandatario per l' adempimento di cotesti obblighi. Ed ha questo in proprio, che infama il mandatario che convenuto con essa si lasciò condannare siccome infedele. Del resto, un'azione væ pur conceduta al mandatario, *mandati actio contraria*, contra il mandante, fatta sempre ragione delle circostanze. Però si noti che con essa ei non può mai, giusta l'essenza del contratto, pretendere un *honorarium* per le sue cure, come tali, ma solo un indennizzo. Poichè sebbene è possibile la promessa di un compenso, pure in tal caso il promesso *honorarium* non vien richiesto pel contratto di mandato, ma per un altro, con una *persecutio*, e mediante una *extraordinaria cognitio*. Entrambi poi sono reciprocamente responsabili per ogni colpa.

Di regola e direttamente il mandato ha per iscopo l'interesse del mandante; nondimeno può accedervi eziandio quello del mandatario. Con ciò si collega il *mandatum in rem propriam* come forma di una cessione da effettuare (1).

Mandatum contrahitur quinque modis: sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena. At si tua tantum gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

Tua gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas in emtiones potius praediorum colloces, quam foeneres, vel ex diverso, ut foeneres potius, quam in emtiones praediorum colloces. Cuius generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium; quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabitur; quum liberum cuique sit apud se explorare, an expediat consilium.

Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de iniuria facienda tibi mandet. Licet enim poenam istius facti nomine praestiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem... In summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere. Nam, mercede constituta, incipit locatio et conductio esse. Pr., §. 6, 7, 13, Inst., III, 26, *de mandato*.

A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse, iuris auctoritate manifeste declaratur. Dioclet. et Maxim., c. 13, C., IV, 35, *Mand.*

Contrario iudicio experiuntur, qui mandatum susceperunt, ut puta, qui rerum, vel rei unius procurationem susceperunt. Ulpian., fr. 12, §. 7, D., XVII, 1, *Mandati vel contra*.

---

(1) V. sopra il §. 125.

II.

SUCCESSIVA ESTENSIONE DEL NUMERO DELLE CONVENZIONI PRODUCENTI AZIONI.

§. 139.

Osservazione preliminare.

Quanto più prosperavano ed aumentavansi i commerci, tanto più rendevasi sensibile l'impaccio che ingenerava il rigoroso sistema dei contratti, poniamo che si adoperasse comunalmente la forma della stipulazione. Questo causò mano mano non la cessazione di tale sistema, ma una serie non breve d' innovazioni, e l' attitudine che fu data a certi patti a produrre azioni.

Per tal modo parecchie convenzioni, che pria non producevano azioni, d'ora in poi n'ebbero una; e quando ciò avvenne per opra dello antico dritto civile mediante una vera *estensione del sistema de' contratti*, a coteste convenzioni, d'ora innanzi validate da azioni, si accomunò l' idea de' *contractus* non meno che il nome. Tali sono, a cagion di sì fatta fusione, i contratti reali innominati cui più sopra (§. 130) sponemmo siccome una successiva estensione delle primitive *obligationes, quae re contrahuntur;* tali ancora i così detti *pacta adiecta*. Ma quando tale innovazione sopravvenne più tardi, o non fu operata dal dritto civile più antico, quindi non come una semplice ampliazione del sistema de' contratti, le convenzioni che da quell' ora acquistarono attitudine a produrre azioni, non furono chiamate *contractus*, ma solo *pacta* producenti azioni. Di questo numero sono i così detti *pacta praetoria* e i *pacta legitima* (1).

Per contrario, al nuovissimo dritto giustinianeo è totalmente estraneo il concetto che in generale tutt' i patti, *pacta*, sotto l' aspetto formale, anche senza l' applicazione della forma della stipulazione, debbano produrre azione al modo stesso che le convenzioni che ne siano rivestite. Non prima che sotto un successore di Giustiniano, l'imperatore Leone, tal concetto fu accolto nella legislazione romano-greca, e così, sotto questo rapporto, la forma della stipulazione fu smessa del tutto (2).

§. 140.

Ampliazione operata per mezzo de' così detti pacta adiecta.

Certe convenzioni accessorie, le quali servivano soltanto a modificare e determinar meglio un contratto validato per sè stesso da un'a-

(1) V. i §. 141 e 142.
(2) Nov. Leonis 72.

zione, poterono molto naturalmente venir considerate come parte integrante del contratto principale, e per conseguenza l' azione che da questo derivava anche ad esse si estese. Su ciò si fonda l'attitudine che hanno tali clausole a produrre azioni, dette oggidì *pacta adiecta;* i quali, aggiunti come sono al contratto principale, in esso metton capo e da esso riscuotono ogni loro legittimità. Solo era naturalmente mestieri che il contratto principale e l'azione che ne derivava ammettessero, secondo la loro essenza, giuridicamente siffatta estensione; e questo verificavasi in que' soli contratti che davan luogo ad una *bonae fidei actio.* Oltre ciò, bisognava che tale convenzione accessoria, secondo il suo speciale contenuto, non fosse contraria alla essenza del contratto principale, no 'l tramutasse in un altro affatto diverso, ma solo il modificasse in singoli punti. In fine, cotesta convenzione, per fare che s'incorporasse col contratto anche dal principio, doveva aggiugnersi ad esso nello istante medesimo della sua formazione.

Ait Praetor: pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo. Ulpian., in fr. 7, §. 7, D., II, 14, *de pactis.*

In bonae fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, si ex continenti fiat. Nam quod postea placuit, id non petitionem, sed exceptionem parit. Maxim., c. 13. C., II, 3, *de pactis.*

Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. Quinimo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis; solemus enim dicere, pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut, siquidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint; ex intervallo non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. Ulpianus, fr. 7, §. 4 e 5, D., II, 14, *de pactis.*

§. 141.

Ampliazione per mezzo de' così detti pacta praetoria.

Dig. lib. XIII, tit. 5, de constituta pecunia. — Cod. lib. IV, tit. 18, de const. pec.

Era cosa ben consona al magisterio del dritto pretorio temperare il rigoroso sistema del dritto civile circa le azioni ed i contratti, e dove il bisogno e l'equità lo richiedessero, concedere per via di editti un' *actio* per certe convenzioni, avvegnachè le non fossero in sè che semplici *pacta.*

Il più gran passo che fece il pretore fu questo, ch' ei validò con azione il *constitutum*, fermando il principio generale che ogni convenzione, con cui si promettesse l'adempimento di una *obligatio civilis* o *naturalis*, già esistente, propria o straniera al promettitore, e fosse ancor priva della forma della stipulazione, e perciò in qualità di semplice *pactum*, dovesse produrre un'azione. L'azion pretoria accordata in questo caso dicesi *actio de constituta pecunia.* Tuttavia il *constitutum*, quanto al suo obbietto, fu per prima limitato alla prestazione di

danaro o d' altre *res, quae numero, pondere vel mensura consistunt;* la quale restrizione fu di poi tolta da Giustiniano.

In personam quoque actiones ex sua iurisdictione propositas habet praetor, veluti de pecunia constituta.

De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque pro se, vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita; nam alioquin, si stipulanti promiserint, iure civili tenentur. §. 8 et 9, Inst., IV, 6, *de actionibus.*

§. 142.

Ampliozione per mezzo de' così detti pacta legitima. *Della donazione in particolare.*

Inst. lib. II, tit. 7. de donationibus. — Dig. lib. XXXIX. tit. 5, de donat. — Cod. lib. VIII, tit. 54, de donat. tit. 56, de revocandis donationibus.

Sotto l'espressione di *pacta legitima*, che non è certo una tecnica frase romana, si dinotano al dì d'oggi que' *pacta* che dallo stesso dritto civile, però non dall' antico, ma dal nuovo, han conseguito attitudine a produrre un' azione : ed appunto per ciò, a malgrado di cotesta virtù ultimamente acquistata, han ritenuto il nome di *pacta*.

Un esempio bene importante rinviensi nella donazione, *donatio*, in questo proprio senso della parola , con la quale una persona si obbliga come per convenzione di dare liberalmente una cosa ad un altro.

Qui è da prendere le mosse dal concetto della *donatio* in senso più largo ; sotto la qual voce s' intende una volontaria alienazione per pura liberalità, per la quale alcuno, *animo donandi*, cioè senza esservi giuridicamente obbligato, e senza chiedere in iscambio una controprestazione e perciò affatto gratuitamente, vuol dare ad altri un vantaggio patrimoniale. Il che può aver luogo non solo nella forma di una convenzione tra il donante e il donatario, di che solo propriamente qui si tratta, ma anche nella forma di un altro negozio giuridico.

Simigliante donazione, che poco si confaceva col carattere de' romani , era primitivamente sommessa a non poche limitazioni , da cui si è venuta man mano in certo modo francando.

Dapprima una limitazione risguardò parte il *quantum*, parte la forma della donazione. La *lex Cincia de donis et muneribus* (data fuori nel 550 dalla fondazione di Roma) vietò tutte le donazioni che oltrepassassero una certa misura determinata, già incognita a noi, *legitimus modus*. La stessa legge, oltre e di-presso al valore, prescrisse, per aversi una *donatio perfecta*, l'osservanza di una certa forma, giacchè essa dovea solo aver luogo per mezzo del trasferimento della proprietà e del possesso, e quindi mediante la mancipazione e la tradizione. Però il contravvenirvi non traeva seco la nullità della donazio-

ne, ma dava al donante il dritto di rivocarla. Solo, allorchè la donazione si fosse fatta a certe persone strettamente congiunte al donatore per vincolo di cognazione, di agnazione, affinità o di patronato e perciò privilegiate, *exceptae personae*, le due suddette disposizioni di legge pativano eccezione. Notisi però che tutte queste limitazioni poste dalla legge Cincia alla libertà di donare più tardi scomparvero.

D' altra banda, costituzioni imperiali, specialmente dal tempo di Costanzio Cloro, e più generalmente dall' età di Costantino in poi, fermarono altro principio indipendente del tutto dalla *lex Cincia*, e questo fu, che le donazioni di un valore superante dugento *solidi* dovessero, perchè fossero valide, registrarsi in un protocollo giudiziario, *insinuate*. Giustiniano confermò l'obbligo della insinuazione; ma solo per le donazioni superanti la somma di 300 *solidi*, e mediante un rescritto posteriore a quella di 500. Se cotesta insinuazione non fu fatta, la donazione è valida sino a quel valore legalmente determinato, e nulla nel dippiù. La quale regola soffre parecchie eccezioni non prive di qualche rilievo.

Un' altra qualità propria della *donatio* consiste in questo, che una donazione pienamente valida ed anche eseguita, può ben essere rivocata dal donante. Per lo più questo dritto di rivoca avea luogo nelle donazioni fatte dal patrono a' suoi manomessi, giacchè per antico a lui solo competeva senza limiti e senza uno speciale motivo. Ma secondo il dritto romano nuovissimo competeva sol quando il patrono avesse avuto in appresso de'figliuoli. Una donazione fatta ad altre persone è rivocabile sol quando il donatario sia convinto d'ingratitudine fino ad un certo grado verso il donante.

Il vedere come e perchè le donazioni fra i coniugi anzi presto che no furono assolutamente proibite sarà obbietto che toccheremo là dove farem parola del dritto del matrimonio.

In ultimo, e ciò propriamente si riferisce al nostro tema, non si poteva, sino a' tempi di Giustiniano, agire per l' adempimento della donazione, e segnatamente chiedere la consegna della cosa donata in virtù di un mero patto di donazione, pel semplice *pactum*, quand'anche niente ostasse al *donare*.

Per potersi avere un' azione bisognava che il patto della donazione si facesse nella forma della stipulazione. Imperò dal tempo di Antonino Pio non si fu rigorosi su questo punto nelle donazioni tra padre e figlio, e per dare efficacia all' *animus donandi* bastò ogni esplicita dichiarazione della volontà del donatore. Giustiniano andò ancora più oltre accordando in generale ad ogni donatario, in virtù del semplice patto di donazione, un' azione per l' adempimento, per la tradizione della cosa donata. Per tal modo la *donatio*, come convenzione, fu innalzata ad un patto produttivo di azione, ad un così detto *pactum legitimum*.

Tutto il discorso sin qui sulla *donatio*, e segnatamente su le svariate legali restrizioni, risguarda soltanto le *inter vivos donationes*.

La *mortis causa donatio* ebbe sempre una certa affinità con un legato, *legatum*, e nel nuovissimo dritto romano è stata quasi in tutto equiparata a'legati. Il perchè troverà luogo più acconcio nel dritto successorio, nella teoria de' legati.

Legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur; et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur. PAULUS, in fr. 6, D. II, 14, *de pactis*.

Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur. PAPINIANUS, in fr. 29, pr. D. XXXIX, 5, *de donat.*

Eam, quae bona sua filiis per epistolam citra stipulationem donavit, si neque possessionem rerum singularum tradidit, neque per mancipationem praediorum dominium transtulit, nec interpositis delegationibus, aut inchoatis litibus actiones novavit, nihil egisse placuit. *Fragmenta Vaticana*. §. 263.

Perficitur donatio in exceptis personis sola mancipatione, vel promissione; quoniam neque Cinciae legis exceptio obstat, neque in factum si non donationis causa mancipavi, vel promisi, me daturum; idque et Divus Pius rescripsit. Sed in persona non excepta sola mancipatio, vel promissio non perficit donationem. *Fragm. Vatic.*, §. 310 et 311.

Donationum autem duo genera sunt, mortis causa et non morti s causa.

Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem, quum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is qui accepit; sin autem supervixisset, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hac mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia.

Aliae autem donationes sunt, quae sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus: quae omnino non comparantur legatis. Quae si fuerint perfectae, temere revocari non possunt. Perficiuntur autem quum donator suam voluntatem scriptis, aut sine scriptis manifestaverit; et ad exemplum venditionis nostra constitutio (c. 35, C., VIII, 54, *de donat.*) eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut etiamsi non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur, et traditionis necessitas incumbat donatori. Et, quum retro principum dispositiones insinuari eas actis intervenientibus volebant, si maiores ducentorum fuerant solidorum, constitutio nostra eam quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit; et quasdam donationes invenit, quae penitus insinuationem fieri minime desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem... Sciendum est tamen, quod etsi plenissimae sint donationes, si tamen ingrati existant homines, in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam praestavimus, certis ex causis eas revocare, ne, qui suas res in alios contulerunt, ab his quamdam patiantur iniuriam, vel iacturam, secundum enumeratos in constitutione nostra modos. §. 1 et 2, Inst., II, 7, *de donationibus*.

TITOLO SECONDO.

DELLE OBBLIGAZIONI CHE NASCONO QUASI EX CONTRACTU.

§. 143.

Idea generale di questa rubrica.

Alle obbligazioni che nascono *ex contractu* i Romani rannodano certe obbligazioni produttive di azioni, e di cui dicesi solo in genera-

le che risultano *quasi ex contractu*. I comuni contrassegni, onde questi così detti quasi contratti, senza essere in realtà *contractus*, pure a quest'ultimi si collegano, almeno più che a' *delicta*, sono i seguenti. Tutti quanti riposano, per rispetto della loro ragione di origine, come i contratti, su di atti *leciti* in sè. Fondano inoltre, di pari che i contratti, obbligazioni civili senza che principalmente mirino a produrle. Laonde i giuristi romani cercano, nel singolo caso, di equipararli approssimativamente con un qualche contratto già determinato, e la cui analogia fan valere per essi, senza potere però logicalmente seguirla in tutto.

Secondo uno stretto rigor logico i romani avrebbero dovuto porre in questa rubrica anche i *pacta* produttivi di un' azione; ma di ciò non rinviensi, almeno, traccia veruna nelle sorgenti giuridiche. Imperocchè non vi trovi che atti leciti ed unilaterali, da cui derivano obbligazioni produttive di azioni, simili alle convenzionali, e sono questi i soli esempi che se ne adducano.

Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de his obligationibus, quae non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur. Pr. Inst. III, 27, *de oblig. quasi ex contractu.*

§. 144.

Singoli casi allegati per modo di esempi.

Inst. lib. III, tit. 27, de obligationibus quasi ex contractu. — Dig. lib. III, tit. 5, de negotiis gestis. — Cod. lib. III, tit. 19, de neg. gest.—Dig. lib. X, tit. 1, finium regundorum. tit. 2, familiae erciscundae. tit. 3, communi dividundo.—Cod. lib. III, tit. 36, familiae erciscundae, tit. 37, communi dividundo. tit. 38, communia utriusque judicii. tit. 39, finium regundorum. — Dig. lib. XII, tit. 6, de condictione indebiti. — Cod. lib. IV, tit. 5, de cond. ind.

Giova qui riunire, togliendo a guida le Istituta di Giustiniano, i seguenti rapporti di obbligazione, senza credere che questi sieno i soli che si possano e debbansi addurre.

1. Il caso della *negotiorum gestio*, la gestione volontaria degli affari altrui senza averne avuto incarico; ma però senza che vi sia stato divieto da parte di colui, alla cui cosa si provvede, e con la evidente intenzione di obbligarnelo. Senza dubbio questa *negotiorum gestio* si avvicina in un certo modo al contratto del mandato, e di pari che quest'esso produce, almeno secondo le circostanze, un' *ultro citroque obligatio* tra il *dominus negotiorum* e 'l *negotiorum gestor*, non meno che doppia azione per amendue le parti, l'*actio negotiorum gestorum directa*, e la *contraria*.

2. Il caso dell' accettazione di una tutela, per la quale il *tutor* vien pria di tutto in obbligo verso il pupillo di bene amministrare i suoi beni. Questo rapporto si rannoda, come una specie di mandato legale, molto naturalmente al *mandatum;* epperciò costituisce un' *ultro*

citroque obligatio tra il tutore ed il suo pupillo, ed ingenera azioni per ambo le parti. Le quali azioni, l'*actio tutelae directa*, che compete al pupillo contro il tutore, e l'*actio tutelae contraria*, che ha quest' ultimo contra del primo, sono manifestamente esemplate su quelle del mandato.

3. Il caso di una comunione di beni non convenuta, ma formata per fortuite circostanze tra più persone, *communio*, la quale si accosta molto naturalmente al contratto di società, e con esso può agguagliarsi.

Del pari che la *societas*, essa produce *ultro citroque* obbligazioni identiche per tutti que' che vi partecipano; il cui adempimento può chiedersi con azione comune ad ambo le parti, cioè, con la così detta azione di divisione, *iudicium divisorium*, formata ad imitazione dell' *actio pro socio*. Quest' azione divisoria riceve, secondo le circostanze e l'obbietto della società, ora il nome generico di *communi dividundo iudicium*, ora un altro più speciale, cioè dire, quello di un *familiae erciscundae iudicium* allorchè si tratti di un comune asse ereditario da dividersi tra i coeredi. Quando poi, per una confusione di confini, è involontariamente seguita una comunione tra i proprietari limitrofi, l' azione competente ad ognun d'essi a fine di ristabilire que' termini e far cessare cotesta comunione, dicesi *iudicium finium regundorum*, ed ha molte particolarità sue proprie.

4. Il caso della *indebiti solutio*, nel quale chi ricevette una cosa non dovuta, può con la *condictio indebiti* esser convenuto da chi pagò per errore perchè restituisca ciò che realmente fu ricevuto *indebite*. Già per effetto dell' obbligazione puramente unilaterale che qui formavasi col ricevimento della cosa, *re*, e della *condictio* che ne risultava, i romani credettero di poter agguagliare col *mutuum* cotesto rapporto giuridico.

5. Il caso, in cui l'erede istituito adisca la eredità; chè allora ei resta tenuto con azione a pagare i legati che legalmente gli impose il testatore. Questo caso non può nè anche compararsi ad un contratto determinato.

Igitur quum quis absentis negotia gesserit, utro citroque inter eos nascuntur actiones, quae appellantur negotiorum gestorum. Sed domino quidem rei gestae adversus eum, qui gessit, directa competit actio, negotiorum autem gestori contraria. Quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est; quippe ita nascuntur istae actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit; ex qua causa hi, quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia, quae sane nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is, qui utiliter gesserit negotia, habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur, ut administrationis rationem reddat; quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem; nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.

Tutores quoque, qui tutelae iudicio teneutur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur); sed, quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu mutuae sunt actiones. Non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelae actionem, sed et ex contrario tutor cum pupillo babet contrariam tutelae, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditori eius obligaverit.

Item si inter aliqnos communis sit res sine societate, veluti quod pariter iis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo iudicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius eius solus in eam rem necessarias impensas fecerit, non intelligitur proprie ex contractu obligatus (quippe nihil inter se contraxerunt); sed, quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur. Idem iuris est de eo, qui coheredi suo familiae erciscundae iudicio ex bis causis obligatus est.

Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur (neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest, et tamen, quia ex maleficio non est obligatus heres, quasi ex contractu debere intelligitur.

Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo euim non intelligitur proprie ex contractu obligatus, ut, si certiorem rationem sequamur, magis (ut supra diximus) ex distractu, quam ex contractu possit dici obligatus esse. Nam qui solvendi animo pecuniam dat, in boc dare videtur, ut distrahat potius negotium, quam contrahat. Scd tamen perinde is, qui accepit, obligatur, ac si mutuum illi daretur, et ideo condictione tenetur. §. 1-6, Inst., III, 27, *de obligat. quasi ex contractu.*

TITOLO TERZO.

DELLE OBBLIGAZIONI CHE NASCONO *EX DELICTO* OD *EX MALEFICIO.*

§. 145.

GAI. *Comm. lib. III.* §. 182. — *Inst. lib. IV, tit.* 1, *de obbligationibus, quae ex delicto nascuntur.*

La voce *delictum* o *maleficium*, nel suo significato generale ed etimologico, esprime senza dubbio ogni atto illecito, con cui in un modo imputabile, colpevole, quindi o *dolosamente*, od almeno con illegittima negligenza, *colposamente*, viene obbiettivamente violato un dritto d'altrui; in quanto che vi si annettono certe giuridiche consegnenze tanto per l'agente stesso, quanto per l'offeso. Ma nel romano sistema delle obbligazioni la voce *delictum* ha tecnicamente una significazione doppiamente ristretta. Di fatto, la prima cosa, essa significa, con immediato riguardo alla qualità delle conseguenze giuridiche, solamente il *privatum delictum*, a differenza de' così detti *publica delicta*, de' *crimina* propriamente detti. Indi i romani limitano l'idea di *delictum* a quegli atti illeciti, che producono obbligazioni indipendenti, non già che modifichino sol quelle che preesistano (1). Finalmente comprendono talvolta sotto la voce *delitti*, in un senso più meramente

(1) V. più su il §. 120.

storico, soltanto certi dati delitti privati, numerati per bene, da'quali in conformità del più antico dritto civile nascevano obbligazioni indipendenti e validate da azioni; epperò ciò segue in quella medesima guisa che, giusta il detto di sopra, la parola *contractus* non dinota che certe convenzioni determinate, le quali per virtù dell'antico dritto civile producevano un'azione. La circostanza, che alcuni di questi delitti privati sono stati più tardi significantemente immutati od accresciuti mediante il dritto pretorio, non potè mandare in dileguo questo loro primitivo carattere.

Di questi *delicta*, detti così per antonomasia (*privata delicta*) non eranvi anticamente che sole due specie: la *iniuria*, danno recato direttamente all'altrui persona, ed il *furtum*, danno ancor esso, ma direttamente recato all'altrui proprietà. Ma nel corso de'tempi, a cagione di uno svolgimento operato parte dal dritto civile, parte dal dritto pretorio, si riconobbero quattro delitti differenziati per lo nome e pel genere del reato: il *furtum*, la *rapina*, il *damnum iniuria datum* e le *iniuriae*.

Le azioni, cui dan luogo le obbligazioni nascenti da tali delitti hanno spesso per iscopo od unicamente una indennità, *rei persequendae causa comparatae*, le così dette *rei persecutoriae actiones*, ovvero solo un satisfacimento privato in danaro, *poena* (*privata*), *poenae persequendae causa comparatae*, o *poenae persecutoriae actiones*. Alcune di esse hanno questo duplice scopo ad un tempo, *actiones tam poenae, quam rei persequendae causa comparatae*, *mixtae actiones*, dette ancor bene *rei et poenae persecutoriae simul*. Solo però le due ultime specie, quelle, cioè che soltanto, od almeno sono nel tempo stesso dirette alla *poena*, formano le azioni nascenti da delitti, a propriamente parlare; mentrechè le prime sono ben altre azioni di obbligazioni nascenti in occasione di un delitto; la quale osservazione non è priva di pratica importanza. Se più individui hanno tutti insieme commesso un delitto, tutti, gli è vero, ne rispondono solidalmente, ma con la seguente distinzione. Quanto all'obbligo di rifare il danno essi sono tenuti sol come *correi*, cioè dire, che col pagamento dell'intero fatto da uno di loro, gli altri ne son liberati. Per contrario, la pena privata, in cui s'incorse in comune, deve pagarsi tutta intera da ognuno di essi, e siano quanti si voglia, non applicandosi quivi il principio: *uno solvente reliqui liberantur* (1).

Certamente al sentimento individuale dell'offeso dovea spesso contraddire il farla finita con una somma pecuniaria. Ondechè nel nuovo dritto romano si accolse gradatamente il principio, che l'offeso, almeno ne'delitti *dolosi* in suo danno commessi, aver debba la scelta, o di agire *civiliter* contro l'agente per avere la pena privata, o *criminaliter* chiedendo che gli fosse inflitta una pubblica e proporzionata gastigatura. Pertanto quale che fosse la via prescelta dall'offeso, il

(1) V. sopra il §. 124.

condannato per delitto doloso era sempre colpito dall' *infamia* comminata dalla legge.

Quum expositum sit superiore libro de obligationibus ex contractu et quasi ex contractu, sequitur, ut de obligationibus ex maleficio dispiciamus. Sed illae quidem, ut suo loco tradidimus, in quatuor genera dividuntur; hae vero unius generis sunt; nam omnes ex re nascuntur, id est, ex ipso maleficio, veluti ex furto, aut rapina, aut damno, aut iniuria. Pr., Inst., IV, 1, *de obligat. quae ex delicto nascuntur.*

Sequens autem illa divisio est, quod quaedam actiones rei persequendae gratia comparatae sunt, quaedam poenae persequendae, quaedam mixtae sunt. Rei persequendae causa comparatae sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quae in personam sunt, eae quidem, quae ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendae causa comparatae videntur... Ex maleficiis vero proditae actiones aliae tantum poenae persequendae causa comparatae sunt, aliae tam poenae, quam rei persequendae, et ob id mixtae sunt. §. 16, 17 et 18, Inst., IV, 6, *de action.*

In heredem non solent actiones transire, quae poenales sunt ex maleficio, veluti furti, damni, iniuriae, vi bonorum raptorum, iniuriarum. Gai., fr. 111, §. 1, D. L. 17, *de reg. iur.*

§. 146.

Del Furtum in particolare.

Gai. *Comm. lib. III.* §. 183, *sq.* — *Inst. lib. IV. tit.* 1, *de obligationibus, quae ex delicto nascuntur.*

Furtum, nel nuovo dritto romano, importa ogni ingiusto, doloso e clandestino involamento, *contrectatio*, di una cosa mobile per procacciarsi ingiustamente una utilità di patrimonio, *animo lucri faciendi*.

Nella cosa *contrectata* e che il ladro, *fur*, vuole appropriarsi ingiustamente, dev'esserci alcun che di *alieno*, non appartenente a lui stesso. Primamente non si guardava sempre che alla sostanza della cosa stessa, *furtum rei ipsius;* epperò il *furtum* non potea commettersi che in una cosa tutta propria d'altrui, *res aliena* propriamente detta. Ma poscia, svoltosi più oltre il concetto di esso, si riconobbe ancor possibile e 'l *furtum usus*, ch'è quando il ladro con involare la cosa fa suo ingiustamente solo un dritto di uso dovuto ad altrui. Da queste due specie di furto si distingue eziandio il *furtum possessionis*, che è quando alcuno, che già deteneva una cosa, ma per un altro, vuol convertire, mercè una sleale *contrectatio* di essa, il possesso naturale che vi avea, verbigrazia, come depositario, in un possesso di proprietà, *possessio* in senso proprio. Quindi è anche possibile un *furtum* nella propria cosa del ladro, in quanto che un altro vi abbia un dritto di possesso o di uso. Del resto, uopo è che la *contrectatio* sia stata, almeno secondo la intenzione del ladro, clandestinamente tentata, sebbene non la si fosse al modo stesso compiuta. Da tutto ciò si scorge come il concetto del *furtum* romano sia molto più largo che non è quel-

lo che di questo reato abbiamo oggigiorno. Di qui segue che dal *furtum* si generano due azioni. E in prima, come semplice azione d' indennità per lo danno che necessariamente recossi al patrimonio, ci si offre la *condictio furtiva*. Essa compete soltanto al proprietario derubato contra il ladro e i suoi eredi a fine di ricuperare la cosa rubata od il suo valore. Inoltre, per cagion del *furto, guardato di per sè*, si ha l'*actio furti*. Quest' ultima, che pria di tutto vale come propria azione nascente dal delitto e perciò infama chi per esso fu condannato, compete ad ognuno sia o no il proprietario; basta che vi abbia un positivo interesse perchè la cosa non sia rubata (*cuius interest rem salvam esse*), contro il ladro e tutti i suoi complici. Come semplice azion penale vien diretta alla pena privata, al pagamento del *quadruplum*, o del *duplum*, secondocchè si tratti di *furtum manifestum*, o del *nec manifestum*. La quale distinzione riposa piuttosto sul nuovo dritto pretorio. Giacchè, secondo il dritto delle XII tavole, la pena privata nel modo anzidetto era statuita soltanto pel *furtum nec manifestum*, mentre trattandosi di *furtum manifestum* l' importo n' era totalmente rimesso alla volontà delle parti (*damnum decidere*), e in guisa tale che il *fur*, quando non si accordava col derubato, veniva addetto a quest' ultimo dopo aver sofferta la flagellazione. Le stesse dodici tavole prescriveano pel *furtum nec manifestum* una solenne perqnisizione domestica all' effetto di rinvenire la cosa rubata. *Lance et licio quaerere*. Se la cosa rinveniasi presso il medesimo ladro, il *furtum* si riguardava come *manifestum*; se presso di altri, lo si dicea *furtum conceptum*, e l'*actio furti concepti* avea per iscopo il *triplum*. Lo sciente ricettatore della cosa rubata e rinvenuta appo di lui soggiaceva all' *actio furti oblati*, diretta ancor essa al *triplum*. Finalmente contro chi avesse scientemente impedita una domestica perquisizione avea luogo l'*actio furti prohibiti* pel pagamento del *quadruplum*. Impertanto tutte queste modificazioni dell'*actio furti nec manifesti* hanno perduto la loro pratica importanza nel nuovo dritto romano, e non è altro rimasto che la suddetta regolare *actio furti*, con cui chiedesi il *duplum*.

Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere. §. 1, Inst., IV, 1, *de obligat. quae ex delicto nascuntur*.

Abolita est quorundam veterum sententia existimantium, etiam fundi locive furtum fieri. §. 7, Inst., II, 6, *de usucapione*.

Furtorum autem duo sunt genera, manifestum et nec manifestum. Nam conceptum et oblatum species potius actionis sunt furto cohaerentes, quam genera furtorum, sicut inferius apparebit. Manifestus fur est, quem Graeci *ἐπ' αὐτοφώρῳ* appellant; nec solum is, qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is, qui in eo loco deprehenditur, quo fit. Imo ulterius furtum manifestum extendendum est, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in pubblico, sive in privato, vel a domino, vel ab alio, antequam eo pervenerit, quo perferre, ac deponere rem destinasset. Sed si pertulit, quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis, quae diximus, intelligitur. Nam quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum est.

Conceptum furtum dicitur, quum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa sit; nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur, quum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit, utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius, quam apud eum, qui dederit, conciperetur. Nam tibi, apud quem concepta sit, propria adversus eum, qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quae appellatur oblati. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum, qui furtum quaerere testibus praesentibus volentem prohibuerit. Praeterea poena constituitur edicto praetoris per actionem furti non exhibiti adversus eum, qui furtivam rem apud se quaesitam et inventam non exhibuit. Sed hae actiones, id est, concepti, et oblati, et furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Quum enim requisitio rei furtivae hodie secundum veterem observationem non fit, merito ex consequentia etiam praefatae actiones ab usu communi recesserunt, quum manifestissimum est, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.

Poena manifesti furti quadrupli est, tam ex servi, quam ex liberi persona; nec manifesti dupli. §. 3-5, Inst., IV, 1, *de obligat. quae ex delicto nascuntur*.

Furti actio, sive dupli, sive quadrupli, tantum ad poenae persecutionem pertinet. Nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando, aut condicendo potest auferre. Sed vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet; condictio autem adversus furem ipsum heredemve eius, licet non possideat, competit. §. 19, Inst., eod.

Furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit; itaque nec domino aliter competit, quam si eius intersit, rem non perire. §. 13, Inst., eod.

§. 147.

La rapina in particolare.

GAI. *Comm. lib. III*, §. 209. — *Inst. lib. IV, tit. 2, de vi bonorum raptorum.*

Da principio e secondo l'antico dritto civile chi si appropriava dolosamente di una cosa mobile altrui, violentando la persona del possessore di essa, era sempre considerato soltanto qual *fur improbus*, conforme a' principî del *furtum (manifestum)*. Ma il pretore, a cagion delle molte violenze che si commetteano nelle guerre civili, elevò questo caso a delitto *sui generis* dandogli il nome di *rapina* o *bona vi rapta*. Nel tempo stesso volle comprendervi anche il caso, in cui qualcuno *vi et coactis hominibus* dolosamente danneggi o distrugga una cosa mobile altrui, sicchè in ambo i casi accordava l'*actio vi bonorum raptorum*. Quest'azione avea per iscopo il *quadruplum*, di pari che l'*actio furti manifesti*, e in generale la si era assemplata da quest'azione. Solo si differenzia essenzialmente in ciò, che essa è ad un tempo *rei et poenae persequendae causa comparata*, e perciò non ammette verun'altra azione d'indennità, mentre col *quadruplum* si espia tutto, e tutto si soddisfa. Ancor essa, come azione pretoria, è sperimentabile nel termine di un anno; scorso il quale non può essere diretta che al *simplum*, cioè non ad altro che al risarcimento del danno.

Praetor ait: *Si cui dolo malo, hominibus coactis, damni quid factum esse dicetur, sive cuius bona rapta esse dicentur, in eum, qui id fecisse dicetur, iudicium dabo.* Ulpian., fr. 2, pr., D., XLVII, 8, *de vi bonor. rapt.*

Qui res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti. Quis enim magis alienam rem invito domino contrectat quam qui vi rapit? Ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse. Sed tamen propriam actionem eius delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum raptorum, et est intra annum quadrupli, post annum simpli... Quadruplum autem non totum poena est, et extra poenam rei persecutio, sicut in actione furti manifesti diximus; sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut poena tripli sit; sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non... Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti actio competit in re clam facta, ex eisdem causis omnes habere hanc actionem. Pr., §. 1 et 2, Inst., IV, 2, *de vi bonorum raptorum*.

§. 148.

Del damnum injuria datum *in particolare.*

Gai. *Comm. lib. III*, §. 210, *sq.* — *Inst. lib. IV, tit.* 3, *de lege Aquilia* — *Dig. lib. IX, tit.* 2, *ad legem Aquiliam.*

Le XII tavole ed altre antiche leggi civili disponevano alcun che intorno al *damnum iniuria datum*; ma tutte quelle disposizioni furono abrogate dalla *lex Aquilia*, ch'è l'unico plebiscito del V o VI secolo, che determini e reprima questo delitto nel nuovo giure romano. Per essa chi con atti positivi e senza giusto motivo, *iniuria*, per dolo o colpa, rechi un danno ne' beni altrui, rendesi reo di un *damnum iniuria datum*. Esso distinguesi da tutti gli altri delitti privati in questo, che si può commetterlo anche colposamente, e, ch'è più, persino la minima, la *levis culpa* è bastevole (1). Se non che anticamente la *lex Aquilia*, quanto al suo primitivo contenuto, era molto ristretta; perocchè non accordava l'azion del delitto, l'*actio legis Aquilae* che al solo proprietario danneggiato, e solo per un *damnum corpore corpori datum*. Pertanto, quest'azione aquiliana fu dipoi, come *in factum* o come *utilis actio*, conceduta altresì ad altre persone medesimamente danneggiate, ed estesa ad altri casi di *damnum*. Del resto, sebbene innanzi ad ogni altra cosa ed apparentemente sol mira al risarcimento del danno, tuttavia vale come azione avente a uno stesso tempo per iscopo una *poena*. Il che si riferisce segnatamente al calcolo particolare ed alla tassagione del valore del danno, giusta la disposizione della *lex Aquilia* nel primo e terzo suo capo; il quale computamento deve d'ordinario farsi in modo che il danneggio abbia indubitatamente più di ciò che ha perso (2). L'altra cosa peculiare si è, che anche per questa specie di valutazione del danno sofferto non si fa veruna di-

---

(1) V. sopra il §. 120.

(2) Il secondo capitolo della *lex Aquilia* trattava dell'*adstipulator*, che, in danno dello *stipulator*, avesse sottratto con frode il danaro dovutogli per la stipulazione, e perciò non concerne propriamente questo punto.

stinzione se lo sia stato commesso con *dolus* o per semplice *culpa*. Soltanto è richiesto in ogni caso un positivo atto dannoso. L' aquiliana non è mai per sè stessa di natura infamante, nè anche quando l'agente fosse colpevole di *dolus;* ma bene ha di proprio ciò, che il colpevole quando neghi dolosamente il fatto, incorre nella *poena dupli*. *Lis infitiando crescit in duplum.*

Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive XII Tabulis, sive alia quae fuit; quas leges nunc referre non est necesse. Quae lex Aquilia plebiscitum est, quum eam Aquilius tribunus plebis a plebe rogavit. Ulpianus, fr. 1, pr. et §. 1, D., IX, 2, *Ad legem Aquiliam.*

Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam. Cuius primo capite cautum est, ut si quis hominem alienum, alienamve quadrupedem, quae pecudum numero sit, iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.

Iniuria autem occidere intelligitur, qui nullo iure occidit. Itaque latronem qui occidit, non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest. Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa eius nulla inveniatur. Nam alioquin non minus ex dolo, quam ex culpa quisque hac lege tenetur.

Caput secundum legis Aquiliae in usu non est. Capite tertio de omni cetero damno cavetur... Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is, qui damnum dederit.

Caeterum placuit, ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis praecipue corpore suo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent.... Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigerit, quum non sufficiat neque directa, neque utilis Aquilia, placuit eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri; veluti si quis, misericordia ductus, alienum servum compeditum solverit, ut fugeret. Pr., §. 2, 3, 12, 13, 16, Inst., IV, 3, *de lege Aquilia.*

Haec actio (legis Aquiliae) adversus confitentem competit in simplum, adversus negantem in duplum. Ulpianus, fr. 23, §. 10, D. IX, 2, *Ad legem Aquiliam.*

§. 149.

Delle iniuriae in particolare.

Gai. *Comm. lib. III.* §. 220, *seg.* — *Inst. lib. IV, tit.* 4, *de iniuriis.* — *Dig. lib. XLVII, tit.* 10, *de iniuriis et famosis libellis.*

I tre delitti sinora discorsi *furtum, rapina, damnum iniuria datum,* hanno pria di tutto per obbietto le cose, o qual sia altro patrimonio di chi ne rimane danneggiato; epperò consistono in un *pregiudizio* che propriamente si reca al patrimonio.

Pertanto si possono immaginare altri atti non meno certamente inginsti, mercè cui, sebbene non si noccia al patrimonio di un altro, pure si offende la sua *persona*, vuoi direttamente, con offese che si arrechino al corpo, vuoi indirettamente, con isconoscere che si faccia pubblicamente la sua dignità personale e le sue qualità giuridiche. *Contumelia* in questo senso della parola. A voler indicare l'onore di un altro come l' obbietto di questa offesa, niente è che ripugni, in quanto

che l'onore si appresenta come l'intera personalità di un uomo in contrapposto a' suoi semplici rapporti di patrimonio. Già il dritto romano sentì ben presto la necessità di considerare qneste offese alla persona come un delitto, sotto il nome speciale d' *iniuria* od *iniuriae*, ma solo col presnpposto che le si fossero commesse dolosamente, con l'intento, od almeno con la coscienza che esse importassero un oltraggio dell'altrui personalità, come tale, *animo iniuriandi*.

Le disposizioni e le azioni dell' antico dritto civile romano, per quanto si attiene alle ingiurie, si mostrarono ben presto, nella loro applicazione, come insufficienti e non attemperate allo scopo. Ed in vero, secondo le dodici tavole, chi volontariamente rompeva un membro, *membrum ruptum*, dovea soffrire quel medesimo in che aveva offeso altrui, *talio*, tutte le volte che non si accordasse con l' offeso, o co'suoi più vicini parenti, in un risarcimento del danno per via di danaro. Per le ingiurie d' altra indole, consistessero in offese corporee, od in altri torti, erano, secondo il loro valore, statuite dalle leggi pene pecnniarie per ogni caso di certa specie. Queste generali statuizioni punitive sono state dipoi e interamente mutate da un novello sistema d'ingiurie più conforme allo scopo, e che fu introdotto dal dritto pretorio. In virtù di siffatto sistema, l'ingiuriato ha contro l'ingiuriante la *iniuriarum actio aestimatoria*, avente per iscopo una pena pecuniaria proporzionata alla grandezza e gravità dell' offesa personale tal quale seguì *in concreto*, e con attendere a tutte le circostanze d' ogni singolo caso. Il solo ingiuriato ha, gli è vero, facoltà di estimare con equità l'importo del danno per ogni singolo caso; ma ciò non toglie che il giudice sia libero di ridurre ad una giusta misura la dimanda dell'attore che gli sembri eccessiva. I condannati per ingiuria, attesa la dolosa e procace violazione dell'altrui personalità, vengono eziandio colpiti da infamia. Se l' ingiuria consiste in sensibili offese contra il corpo, mercè il *verberare*, *pulsare*, *vi introire*, secondo la *lex Cornelia* del 673, ha pur luogo un'azione civile contro il suo autore. In origine essa, come una pubblica accusa, era stata diretta ad una criminale punizione dell' ingiuria. Ma più tardi l'uso del foro venne a permetterla anche pel medesimo scopo privato, come la pretoria *iniuriarum actio;* rimpetto alla quale essa ha questo di peculiare, che, come azione civile, non si prescrive in un anno, come la pretoria.

Per tal guisa, mercè la teoria delle ingiurie, il sistema romano de'delitti fu in certo modo compiuto e meglio esplicato.

Generaliter iniuria dicitur omne, quod non iure fit, specialiter alias contumelia, quae a contemnendo dicta est, quam Graeci ὕβριν appellant, alias culpa, quam Graeci ἀδίκημα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum iniuriae accipitur, alias iniquitas et iniustitia, quam Graeci ἀδικίαν vocant. Quum enim praetor, vel iudex non iure contra quem pronuntiat, iniuriam accepisse dicitur.

Iniuria autem committitur non solum, quum quis pugno pulsatus, aut fustibus caesus, vel etiam verberatus erit; sed et, si cui convicium factum fuerit, sive cuius bona, quasi debitoris, possessa fuerint ab eo, qui intelligebat, nihil eum sibi debere; vel si quis ad infamiam alicuius libellum, aut carmen, scri-

pserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret, sive quis matremfamilias, aut praetextatamve assectatus fuerit; sive cuius pudicitia attentata esse dicetur; et denique aliis pluribus modis admitti iniuriam, manifestum est.

Poena autem iniuriarum ex lege XII Tabularum propter membrum quidem ruptum, talio erat; propter ossum vero fractum nummariae poenae erant constitutae, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea praetores permittebant ipsis. qui iniuriam passi sunt, eam aestimare, ut iudex vel tanti condemnet, quanti iniuriam passus aestimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed poena quidem iniuriae, quae ex lege XII Tabularum introducta est, in desuetudinem abiit; quam autem praetores introduxerunt, quae etiam honoraria appellatur, in iudiciis frequentatur. Nam secundum gradum dignitatis vitaeque honestatem crescit, aut minuitur aestimatio iniuriae. Pr., §. 1, 2 et 7, Inst., IV, 4, *de iniuriis*.

TITOLO QUARTO.

DELLE OBBLIGAZIONI CHE NASCONO *QUASI EX DELICTO S. MALEFICIO.*

§. 150.

Inst. lib. IV. tit. 5, de obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur, tit. 8. de noxalibus actionibus. tit. 9, si quadrupes pauperiem fecisse dicetur. Dig. lib. 4, tit. 13, de extraordinariis cognitionibus et si iudex litem suam fecisse dicetur. — Dig. lib. IX, tit. 3, de his, qui effuderint, vel deiecerint. — Dig. lib. XLVII, tit. 5, furti adversus nautas, caupones et stabularios. — Dig. lib. II. tit. 9, si ex noxali causa agatur. — Dig. lib. IX, tit. 1, si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.

Con la rubrica « *obligationes, quae quasi ex delicto nascuntur*, i così detti *quasi delitti*, tiene una tal quale affinità quella de' così detti *quasi contratti*. Poichè il novero de'delitti propriamente detti era storicamente ristretto, si sentì l'uopo pel sistema delle obbligazioni di una nuova rubrica a fin d'includervi molti casi, ne'quali eransi dalle leggi gradatamente riconosciute delle obbligazioni produttive di azioni e provvenienti da rapporti simili a quelli che s'ingeneravano da'delitti. Quivi, anzi tutto, prendono luogo molte violazioni reali, proprie, dolose o colpose, o almeno atti minaccianti una violazione, dalle quali, per lo stesso agente, deriva un obbligo provveduto d'azione pel ristoro del danno, o pel pagamento di una pena privata. Ma oltre a ciò qui pure appartiene la disposizione di legge, per cui, secondo le circostanze, alcuno deve rispondere di certi fatti dannosi di un altro uomo, ed anche di un animale come se vi si fosse obbligato. Di fatto, in questi ultimi casi si suppone sempre, almeno in qualche maniera il concorso di una colpabilità per parte di colui, che qui figura quale obbligato; ed è ciò quel che giustifica l'*obligatio quasi ex delicto*.

Gli esempi che si trovano nelle Instituzioni di Giustiniano sono i seguenti.

1. L'azione pretoria del leso litigante contro il *iudex, qui litem suam fecit*, cioè dire, che gli nocque sentenziando con dolo o con colpa. Primitivamente secondo l'antico procedimento, quest'azione non si

sperimentava mai contro il *magistratus iuri dicundo*, ma solo contro il *iudex* da lui destinato. Ma venuto in disuso l' *ordo iudiciorum privatorum*, la si accordò contro ogni autorità giudiziaria, secondo le circostanze, per l'indennizzo del danno e per la pena privata.

2. L' azione contro colui, dalle cui stanze si fosse gittata o versata alcuna cosa, che per tal modo recò danno. Ne risponde l' abitatore della camera come tale, senza distinguere se egli stesso o se altri abbia gittato o versato. Questa dicesi *actio de effusis et deiectis*, ed è ordinata ad ottenere ora un risarcimento, ora una pena privata. In quest' ultimo caso essa comparisce talvolta come azion popolare e compete *cuilibet e populo;* verbigrazia, perchè paghi una *poena* di cinquanta *aurei* allorchè da quel getto di pietre o di checchessia altro un uomo libero fu morto.

3. L'azione popolare contra colui, che ponga o lasci sospesa una cosa su di un luogo per dove si transita, *ubi vulgo iter fit*, in modo da far pericolare i viandanti. Quest' *actio de posito et suspenso* ha per obbietto la rimozione della cosa pericolosa, ed una pena privata di dieci *aurei*.

4. L'azione, *actio in factum*, per avere una indennità ed una pena privata contro il *nauta*, nocchiero, *caupo*, ostiere, o *stabularius*, stabulario, quando dalle persone deputate a' loro servigi si recò nell'albergo, nell'osteria, o nella nave stessa alcun danno alle robe ed arnesi de'passaggieri e de'viaggiatori per mezzo del *furtum*, o come che fosse con *dolus*. Essa non è da confondere con un' altra assai diversa azione pretoria, che direttamente deriva da un proprio patto, *receptum nautarum, cauponum, et stabulariorum*, a pro di coloro che siano stati accolti dall'albergatore, o dal nocchiero insieme con le robe e perciò possono pretendere che siano restituite non danneggiate. Quando è il caso di quest' ultima azione e' non si tratta di vedere se il danno sia stato in queste robe causato dalle proprie persone del nocchiere o dell'albergatore, se per *furtum* o d'altra guisa per *dolus*, o se altrimenti siano andate perdute. Soltanto la propria colpa del danneggiato, o la perdita avvenuta per *vis maior*, per caso inevitabile, non obbliga costoro di rifare il danno.

5. La *noxalis actio*, con cui il padrone può essere convenuto siccome responsabile e pagatore del danno recato ad altre persone per opra del suo *servus* in cosa, per la quale non gli ebbe dato verun ordine. Simigliante dovere di malleveria colpiva altre volte, almeno per sino che il *filiusfamilias* non fu capace di avere beni propri, colui che avea la potestà patria, a cagion degli atti dannosi commessi da chi era soggetto alla sua *potestas*. Finalmente ancor egli il proprietario di un animale sta pagatore quando quest' esso *contra naturam sui generis* nocque ad altrui, *si pauperiem fecit*. Il padrone o il proprietario ne risponde, perchè ha in poter suo l' uomo o l' animale che fece il danno, *caput noxium*, e col ritenerlo ei partecipa in certo modo la sua colpabilità. Ma per questa medesima ragione può ben egli in simili casi, quando non sia effettivamente reo di nessun fallo immediato, nè

pure neghi il fatto con mala fede, sottrarsi a simile malleveria sol che rilasci all' offeso il *servus*, il *filiusfamilias*, o l' animale con tutta la colpabilità che gli si attacca e lo segue. *Noxae dare servum, filiumfamilias, animal*. Nel nuovo dritto romano ciò non ha più vigore a rispetto del *filiusfamilias*.

Sebbene queste azioni nossali nelle Istituta di Giustiniano non sien messe sotto la rubrica delle *obligationes quasi ex delicto*, ma sotto un'altra speciale, pure evidentemente ad esse collegansi secondo il loro principio.

Si index litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. Sed quia neque ex contractu obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur, poenam sustinebit.

Item is, ex cuius coenaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitabat, deiectum effusumve aliquid est, ita, ut alicui noceretur, quasi ex maleficio obligatus intelligitur: ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi, aut liberi. Cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere; quo casu poena decem aureorum constituta est. De eo vero, quod deiectum effusumve est, dupli, quantum damni datum sit, constituta est actio.

Item exercitor navis, aut cauponae, aut stabuli de dolo aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicuius corum, quorum opera navem, aut cauponam, aut stabulum exerceret. Quum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio, et aliquatenus culpae reus est, qnod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit, quae heredi quidem datur, adversus heredem autem non compctit. Pr., §. 3, Inst., IV, 5, *De obligat. quae quasi ex delicto nascuntur*.

Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis aestimationem sufferre, aut hominem noxae dedere. Noxa autem est corpus, quod nocuit, id est servus; noxia ipsum maleficium, veluti furtum, damnum, rapina, iniuria...

Sed veteres quidem haec et in filiisfamilias masculis et feminis admisere. Nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur, filium suum, et maxime filiam in noxam alii dare, ut paene per corpus pater magis, quam filius periclitetur, quum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? Et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, quum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum, ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri. Pr., §. 1 et 7, IV, 8, *de noxalibus actionibus*.

Animalium nomine, quae ratione carent, si quidem lascivia, aut fervore, aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege XII Tabularum prodita est; quae animalia si noxae dedantur, proficiunt reo ad liberationem, quia ita lex XII Tabularum scripta est; ut puta, si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit. Haec autem actio in his, quae contra naturam moventur, locum habet. Caeterum, si genitalis sit feritas, cessat. Pr., Inst., IV, 9, *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*.

CAPITOLO TERZO.

DELLA ESTINZIONE DELLE OBBLIGAZIONI.

§. 151.

Prenozioni generali.

Inst. lib. III, tit. 29, quibus modis tollitur obligatio.

Le obbligazioni, come dritti, si distinguono essenzialissimamente da tntti gli altri in questo, che esse non danno al creditore direttamente per la loro esistenza il proprio utile patrimoniale avuto con esse per iscopo, ma piuttosto no'l fanno conseguire se non dopo che siansi estinte. Imperocchè il loro regolare esercizio consiste in questo, che il creditore si fa realmente dare dal suo debitore quel che gli è dovuto. Or tosto che ciò segue, il credito precedente finisce *eo ipso* (1). Ciò appunto dà alla dottrina della estinzione delle obbligazioni una sì grande non comune importanza, giacchè quivi la futura estinzione non è possibile come avviene negli altri dritti solamente secondo le circostanze, ma già risiede nell' essenza, nello scopo e nella destinazione di esse, come nel loro acquisto.

I romani si studiano, nel vero, di ricondurre il modo onde finiscono le obbligazioni a certe cause rispondenti a capello alle già conosciute, *causae*, le quali danno origine a' contratti. Così, per mo'd'esempio, essi rannodavano la *nexi liberatio* alla *nexi obligatio*. Di fatti l' antico dritto romano, per la compiuta estinzione di quelle obbligazioni che si fossero contratte per *aes et libram*, mercè il *nexum*, oltre del reale pagamento, richiedeva eziandio una solenne testificanza rivestita nella stessa forma del *nexum*, comprovante che il pagamento si era fatto. Ma ciò disparve nel nuovo dritto insieme con qnell' antiquata forma del *nexum*. Inoltre si cercò nella teoria di ridurre i modi più rilevanti di estinzione alle quattro note *causae civiles*, cioè, *res*, *verba*, *literae*, *consensus*. Qui sta in fondo il principio già ripetute volte ennnciato, che l' *obligatio* naturalissimamente si scioglie al modo stesso, per mezzo della stessa *causa* come fu contratta. Frattanto tutti qnesti modi di estinzione compariscono come speciali, destinati per certe obbligazioni, e ad esse direttamente ristretti. Nel fatto poi vi si collegano individnalmente, come si mostrerà da basso, alcune conseguenze pratiche non prive d' importanza (2). Ma in siffatta generalizzazione, qnesto modo di risguardare la cosa si fonda, chi diritto mira, più in nn giuridico giuoco di parole, in nn mero assimigliamento artificiale, che non si lascia nemmeno proseguire con rigore di logica

(1) V. i §§. che seguono.
(2) V. §. 156.

deduzione per mezzo di tutt'i rapporti contrattuali, e molto meno per quegli altri rapporti di obbligazione che non derivano da contratto.

Per contrario, la differenza delle cause di estinzione di una obbligazione, secondochè essa si estingue *ipso iure*, o solo *per exceptionem*, *ope exceptionis*, sembra ben da accettare. Per verità nel più antico dritto romano tutte le cause di estinzione erano della prima specie, ma poscia vi si aggiunsero le ultime. Tale distinzione si fonda parte nella qualità dello stesso fatto estintivo, parte nella sorgente di essa. In ogni caso per cagione delle gravi e pratiche conseguenze che vi si annodano essa ha molta importanza non solo per la procedura, ma anche per tutto il dritto delle obbligazioni. Sotto questa distinzione si riconducono da sè tutte quante le cause estintive, che ora in un ordine più naturale voglion essere discorse per noi.

Est etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram; quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veiuti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et iibram gestum sit, sive quid ex iudicati causa debeatur. Gai., *Comment.*, III, §. 173.

Prout quidque contractum est, ita et solvi debet, ut, quum *re* contraxerimus, *re* solvi debet, veluti quum mutoum dedimos, ut retro pecuniae tantumdem solvi debeat. Et quum *verbis* aliquid contraximus, vel *re*, vel *verbis* obligatio solvi debeat; *verbis*, veiuti quum acceptum promissori fit; *re*, veiuti quum solvit quod promisit. Æque quum emptio, vel venditio, vel iocatio contracta est, quoniam *consensu nudo* contrahi potest, etiam *dissensu contrario* dissolvi potest (1) ». Pomponius, fr. 80, D., XLVI, 3, *De solutionibus et liberationibus*.

Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. Paulus, fr. 112, D., L. 17, *de reg. iur.*

§. 152.

Del pagamento, solutio.

Dig. lib. XLVI, tit. 3, de solutionibus et liberationibus; Cod. lib. VIII, tit. 43, de solutionibus et liberationibus.

Il modo più importante, più frequente e più naturale, onde si possa estinguere *ipso iure* un'obbligazione, è la *solutio* già indicata dall'essenza, dal contenuto e dallo scopo dell'obbligazione medesima; la quale *solutio* è il pagamento, la reale prestazione di ciò che doveva il *debitor*. Tostochè si è pagato, non esiste più debito, e senza debito non è pensabile veruna obbligazione. E però, come è al tutto naturale, cotesto pagamento seguito a dovere non solo toglie l'*obligatio* stessa, ma anche *eo ipso* tutti gli altri obblighi che vi si fondavano come accessorî, e che senza di essa non possono più oltre sussistere. Anche sotto questa *solutio* cadono tutti gli altri modi, con cui le obbligazio-

---

(1) Delle *literae* non si fa più menzione, perchè il caso, che qui una volta figurava, era già assai prima dell'età di Giustiniano per antichità uscito d'uso e quasi obliato.

ni si possono estinguere *ipso iure*, sendochè od essi contengono effettivi pagamenti, soltanto in un certo rapporto modificati, o sono almeno non paragonati sconvenevolmente al pagamento, o gli si assimilano ne' loro effetti.

Paghi chi vuole ; chè al dritto del creditore ciò non monta cosa da farne stima. Non solo può pagare validamente lo stesso debitore, ma anche un terzo, in suo nome e per conto di lui, anche senza sua saputa. Il creditore deve di certo ricevere la prestazione dal terzo ed accettarla quando non v' abbia verun ragionevole e giuridico interesse di farla eseguire dal debitore medesimo. In ogni caso que' che paga, sia il debitore stesso, sia altri, per poter pagare validamente, forza è che abbia la capacità di alienare.

All' incontro non si può, di regola, pagar validamente che al solo creditore, non ad altri, tranne al suo procuratore debitamente costituito, od al suo tutore, od all' *adiectus solutionis causa*, od a colui al quale, per disposizione di legge, compete un' *actio utilis* dall' altrui *obligatio*. Che all' *adstipulator* si potesse far validamente il pagamento, non era, a dir vero, qualche cosa di speciale, giacchè costui era tutt' uno col proprio *creditor*. Quando, poi, il creditore rifiuti ingiustamente il pagamento che gli si offre nel modo convenuto, ovvero quando per ispeciali motivi no 'l si possa fare a lui nè al suo rappresentante con piena sicurtà, in questo caso il debitore può, quando sia fattibile, depositar sigillato, presso il giudice, quel che forma l' oggetto della prestazione, danaro od altra cosa che sia. Ciò vale pagamento per lui. Talvolta ancora il pagamento non può validamente farsi al vero creditore; il che è quando egli non abbia veruna capacità di alienare, o gli sia legalmente negata l' azione nascente dall' obbligazione.

Per ciò che risguarda l' oggetto del pagamento, forza è di regola generale che si dia precisamente quel che forma l' obbietto primitivo dell' obbligazione, ed il creditore non può essere costretto a consentire che un' altra prestazione surroghisi al pagamento; ma può bene, per virtù di un reciproco accordo tra gl' interessati, riceversi dal creditore una cosa diversa. Tutta questa regola, secondo una speciale disposizione di Giustiniano, soffre altresì una eccezione in certi casi esattamente designati, ne' quali espressamente deve concedersi al debitore una *datio in solutum*. Per altro non si riferisce qui il caso, ch'è quando, per colpa del debitore, la prestazione dell' obbietto primitivo dell' obbligazione sia divenuta impossibile. Poichè in tal caso il debitore deve, gli è vero, pagare i danni e interessi al creditore ; ma ciò collegasi coll'obbietto primiero dell'*obligatio*, e però non è mica da riguardarsi come un' altra prestazione. Se poi tale prestazione divenne inadempibile senza colpa del debitore, questi, di regola, non deve più nulla.

Per rispetto al *quantum*, è regola che si paghi tutto intero il valsente dell' *obligatio*, al tempo prefisso, senza altrimenti badare alle facoltà e condizioni del debitore. Se ne eccettuano que' soli casi speciali, in cui il debitore per motivi legalmente indicati può chiedere una cer-

ta indulgenza dal suo creditore, e di esser quindi condannato soltanto *in id, quod facere potest, ne ipse egeat* (1). Il debitore non può mai pagare più di quello che ei deve. Il che non istà punto in contraddizione col potersi il debitore obbligare eziandio al pagamento di una certa multa, *poena conventionalis*, pel caso che non faccia la prestazione o non la faccia come deve ; giacchè allora ciò costituirebbe un debito affatto nuovo da soddisfare perciò insieme con la precedente obbligazione. Certo, nel patteggiare cotesta pena convenzionale non si fa spesso che una volontaria estimazione de' danni interessi, nel quale caso non è già posta di presso al proprio obbietto di quella *obligatio*, per la cui sicurtà è stabilita, ma solo è da eseguire in luogo di essa.

In ultimo, affinchè il pagamento sia compiuto sotto tutt'i rapporti, lo si deve eseguire nel tempo stabilito e nel luogo opportuno. Per quel che concerne il tempo, convien dapprima vedere se all' *obligatio* fu aggiunto un termine pel pagamento, *dies;* nel qual caso bisogna naturalmente uniformarvisi. Se poi non v'è *dies*, deve propriamente il debitore eseguir subito il pagamento. *Quod sine die debetur, statim debetur.* Nondimeno può lo stesso debitore pretendere tanta dilazione quanta sia richiesta per procacciarsi possibilmente l'obbietto del pagamento. Con questo tempo ben coincide l' idea della *mora*. La quale significa, in generale, una tardanza a soddisfare a un obbligo convenuto, non legittimata giuridicamente e in quanto che sia ingiusta. Per lo più il debitore si rende colpevole di tal *mora* non facendo la prestazione a tempo debito, benchè il creditore non voglia attendere più oltre, e lo abbia significato interpellando il debitore medesimo, *interpellatio. Mora solvendi, mora debitoris.* Ma ancor egli il creditore può essere in *mora*, ch' è quando si rifiuti di ricevere senza giusto motivo la prestazione che gli vien offerta convenientemente ed in conformità del dovere, e senza voler in tal modo prosciogliere d'obbligo il debitore. *Mo-*

(1) Questo favore, che era considerato come un dritto essenzialmente personale e addimandato *beneficium competentiae*, concedevasi non a tutti i debitori, ma a determinate persone : 1° a' coniugi, e sovrattutto al marito convenuto dalla moglie per la restituzione della dote *(fr.* 20, *D., XLII*, 1, — §. 37, *Inst. I V*, 6. — *Const. un.* §. 7, *C. V.* 13,). 2° A' genitori in relazione con i loro figli (*fr.* 16, *in fin. ibid.* — §. 38, *I. ibid.*) — se questo dritto competa pure a' figli per rapporto a' loro genitori, è quistione che si agita ancora. 3.° A' fratelli e sorelle fra loro (secondo almeno la opinione più generalmente ammessa, e per argom. dal *fr.* 63, *pr. D. XVII*, 2, attese le parole *ius fraternitatis*). 4.° Fra i consoci per ciò che l'uno deve all' altro in virtù dell'*actio pro socio* (*fr.* 63, *pr. cit* — *fr.* 16, 22, §. 1, *D. XLII*, 1, — §. 38, *Inst. I V*, 6,). I soci erano sempre considerati siccome fratelli nelle società universali de'beni ; nelle altre il pretore decideva se tal finzione dovesse ovver no aver luogo. 5.° Al suocero per la *dos* promessa per sin che dura il matrimonio, e che vien convenuto dal genero (*fr.* 21, 22, *pr. D. XLII*, 1). 6.° A' soldati (*fr.* 6, *pr. fr.* 18, *ibid*). 7.° Al donante convenuto per lo adempimento della donazione (*fr.* 19, §. 1, *ibid*). 8.° A chi fece la cessione de' suoi beni a' creditori, per ciò che acquista dipoi (*fr.* 4, 6, 7, *D. XLII*, 3. — §. 40, *I. I V*, 6). 9.° Al *filiusfamilias* per i debiti contratti durante la potestà, patria, quando non divenne erede di suo padre. Infine ancor esso il Dritto Canonico accordò siffatto beneficio agli ecclesiastici (*Cap.* 3, *X.* 3, 23). *Il trad.*

ra accipiendi, *mora creditoris*. Le leggi castigano in vario modo chiunque sia veramente caduto in *mora*. Con che sempre si dà un vantaggio all' avversario, a cui l' indugio ha pria di tutto cagionato un pregiudizio; per es. il debitore del capitale, per effetto della mora, deve talvolta pagare gl' interessi moratori, *usuras morae* (1).

Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet. *Solvere* dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit. Ulpian., fr. 176, D., L. 16, *De verb. sign.*

Tollitur autem omnis obligatio solutione eius, quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. Nec tamen interest, quis solvat, utrum ipse, qui debet, an alius pro eo. Liberatur enim et alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, si fideiussor solverit. Non enim ipse solus liberatur, sed etiam reus. Pr., Inst., III, 29, *Quibus modis tollitur oblig.*

Pupillo solvi sine tutoris auctoritate non potest. Paulus, fr. 15, D., XLVI, 3, *de solut.*

Vero procuratori recte solvitur. Verum autem accipere debemus eum, cui mandatum est vel specialiter, vel cui omnium negotiorum administratio mandata est. Ulpian., fr. 12, pr., D., XLVI, 3, *de solut.*

Si ita stipulatus sim: mihi, aut Titio dare spondes? et debitor constituerit, se mihi soluturum, quamvis mihi competat de constituto actio, potest adhuc adiecto solvere. Paulus, fr. 59, D., eod.

Sunt praeterea quaedam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur, sed modo solidum consequimur, modo minus.... Item, si de dote iudicio mulier agat, placet eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est, quatenus facultates eius patiuntur. §. 36 et 37, Inst, IV, 6, *de act.*

Item, miles, qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus eatenus, quatenus facere potest, cogitur solvere. Ulpian., fr. 6, pr., D., XLII, 1, *de re iudicata.*

Obsignatione totius debitae pecuniae solemniter facta liberationem contingere, manifestum est. Sed ita demum oblatio debiti liberationem parit, si eo loco, quo debetur solutio, fuerit celebrata. Diocletianus et Maxim., c. 9, C., VIII, 42, *de solut.*

§. 153.

Della insolvibilità del debitore.

Egli è possibile a venir caso, che alcuno pagar non possa i suoi debiti essendo a ciò impotenti le sue facoltà. Quando era così, l' antico dritto romano permetteva, ad istanza del creditore, per mezzo della *manus iniectio*, una severissima esecuzione immediata contro la persona del debitore irrevocabilmente condannato, per la quale sia che non potesse o non volesse pagare, era egli formalmente aggiudicato, attribuito al creditore come schiavo del debito, *addictus*, *adiudicatus*. Tale custodia durava sessanta giorni, nel qual termine poteva l' *addictus*, pagando o pattuendo, liberarsene. Ma, decorso inutilmente que-

(1) V. §. 121.

sto tempo, il creditore, volendo far uso del suo dritto, poteva *trans Tiberim* venderlo come schiavo. Essendovi più creditori, a'quali fosse stato contemporaneamente aggiudicato, lo si considerava come un oggetto ad essi spettante in comune *pro rata*; anzi secondo il rigore della legge era conceduto a' concreditori un *partes secare*. Che questo rigore si osservasse trattandosi di fare eseguir debiti derivanti dal *nexum*, la è cosa incerta. Ma con l' andar del tempo, e segnatamente in grazia della *lex Poetelia Papiria*, tanta rigorosa esecuzione contro la stessa persona del debitore fu abolita, e si accolse il principio *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*.

Per effetto di questa legge Petelia, e di molte altre riforme, si ammise, in processo di tempo, un'altra assai diversa esecuzione, cioè quella sul patrimonio del debitore. I creditori si rivolgevano al pretore, e ottenevano da lui un decreto, col quale erano immessi nel patrimonio del loro debitore. *Missio in possessionem bonorum debitoris*(1).

Dapprima, per il caso di un formale concorso, questa immissione nel possesso produceva la vendita de' beni del debitore per modo collettivo dopo i pubblici bandi, *proscriptio et venditio bonorum*, con l'effetto di una pretoria *per universitatem successio* a pro di colui che offriva di pagare a' creditori il massimo dividendo de' loro crediti; più tardi vi si sostituì la vendita di ogni singolo cespite patrimoniale per mezzo de'creditori concorrenti, o del *curator bonorum* da essi loro proposto. Col prezzo di questa vendita possono chiedere di essere satisfatti que' creditori che siensi presentati in tempo debito per la *missio in possessionem*. Quivi la regola è che ad ognuno, in conformità del pegno pretorio che tutti conseguono egualmente con la *missio*, vada tal prezzo diviso *pro rata* sino a che basta. Tuttavia questa regola patisce una modificazione per mezzo del *privilegium exigendi* legalmente accordato a certi creditori pe' loro crediti, detto ancora semplicemente *privilegium*. In tal caso, se costoro ne fan uso, possono pretendere di essere satisfatti pienamente pria degli altri creditori non al modo stesso favoriti. Questo concorso non risguarda punto i creditori ipotecari propriamente detti, cioè quelli che già si aveano un diritto di pegno innanzi che si fosse aperto il concorso, pria che seguisse la *missio*, e che avvisano di essere al tutto satisfatti con la cosa impegnata. Costoro si attengono soltanto a' loro pegni, e con la vendita di essi, nel modo ordinario, si pagano come se non si fosse aperto concorso veruno.

Nel resto, un debitore che non può sciorsi del debito, evita, volendo, la formale apertura del concorso, per lo quale ancor esso il dritto nuovissimo lo minaccia sempre d'*infamia*, e, volenti i creditori, anche di cattura quando, la prima cosa, per mezzo di una semplice dichiarazione della sua impossibilità di pagare, volontariamente rilascia, cede *bonis* a'suoi creditori tutto il suo patrimonio con lo scopo di soddisfarli. Questa *cessio bonorum* era un beneficio introdotto dalla *lex*

---

(1) V. sopra il §. 64.

Iulia, e forse dalla *lex Iulia iudiciaria* de' tempi di Augusto. Solo è bisogno che la sua condotta precedente non l'abbia reso indegno di questo beneficio. Segnatamente vuolsi che incolpabilmente, non per proprio *dolus*, ma piuttosto per casi di sventura sia venuto in istato di non poter pagare.

Aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunto, post deinde manus iniectio esto, ni iudicatum facit, aut quis endo eum iure vindicit, secum ducito, vincito, aut nervo, aut compedibus quindecim pondo ne minore, at si volet maiore vincito.

Nam si plures forent, quibus reus esset iudicatus, secare si vellent atque partiri corpus addicti sibi hominis permiserunt. Et quidem verba ipsa legis dicam, ne existimes, me invidiam istam forte formidare. *Tertiis*, inquit, *nundinis partes secando ; si plus minusve secuerint, se fraude esto*. Gell. *Noct. att.*, XX, 1.

Erant ante praedictam successionem olim et aliae per universitatem successiones. Qualis fuerat bonorum emtio, quae de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta, et tunc locum habebat, quando iudicia ordinaria in usu fuerunt. Sed, quum extraordinariis iudiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones exspiraverunt, et tantummodo creditoribus datur officio iudicis bona possidere, et prout iis utile visum fuerit, ea disponere. Pr., Inst., III, 12, *De successionibus sublatis, quae fiebant per bonorum vend.*

Debitores, qui bonis cesserint, licet ex ea causa bona eorum venierint, infames non fiunt. Alexander, c. 11. C., II, 12, *ex quibus causis infames non fiunt.*

Qui bonis cesserunt, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati. In eo enim tantum hoc beneficium eis prodest, ne iudicati detrahantur in carcerem. Alexander, c. 1, C., VII, 71, *Qui bonis cedere possunt.*

§. 154.

Della Compensazione.

Dig. lib. XVI, tit. 2, de compensationibus — Cod. lib. IV, tit. 31, de compensationibus.

Per la semplice circostanza, che il debitore abbia un credito di eguale specie contro lo stesso creditore, non si estingue in sè il credito di cotesto creditore, nè in tutto nè in parte. Ma il debitore già convenuto pel pagamento può, in vece di pagare, opporre lui voler compensare, *compensare*, in tutto od in parte il credito del suo creditore con altro credito che vanta contro di questo. In tal caso con simil credito che ei contrappone al suo creditore, lo soddisfa realmente, evitando così un inutile scambievole pagamento. Ondechè non è in poter del creditore di fare che la compensazione non segua: poichè ei viene per tal modo in tutto satisfatto come si può pretendere, cioè conforme all' obbligazione. Anche per questa stessa ragione la compensazione produce gli effetti del pagamento ed estingue l' *obligatio ipso iure*. Ma appunto perchè il debitore ha facoltà e non l' obbligo di avvalersi della compensazione, segue che anche quell'effetto ha luogo sol quando

costui, sia nella forma di un'eccezione sia per altra guisa, chiaramente manifesti di voler compensare. Però il credito che si contrappone perchè si compensi, sempre dev'essere, quanto all'obbietto, di eguale specie; deve essere cioè diretto alla stessa prestazione, che il creditore, da doversi con essa sodisfare, avea da chiedere. Imperocchè, secondo il detto più sopra (1), il debitore non può costringere il creditore a ricevere, in luogo di pagamento, ciò che non sia l'obbietto dell' obbligazione. Per contrario non è essenziale che il credito destinato alla compensazione, e la somma che per tal modo viene ad estinguersi siano eguali rispetto alla quantità, giacchè anche in parte può essere operato il pagamento.

Non è dubbio che la possibilità di siffatta compensazione riposa su di un' astrazione giuridica, su di un modo più libero con cui si considera e si tratta le obbligazioni. Di qui vien chiaro il perchè dal più antico dritto romano non si riconosce veruna compensazione, e come essa ancora di poi e per lungo tempo non istette che in angusti confini, cioè dire, era uopo che i due crediti nascessero *ex eadem causa*, dal medesimo contratto, o dallo stesso negozio obbligatorio; e solo, in generale, quando si trattasse di obbligazioni nascenti *ex bonae fidei negotiis*, ne'quali sempre incombeva al giudice il dovere di bene esaminare com'era il caso, e di vedere se in generale il debitor convenuto dovesse qualcosa, e quanto (2). Ma secondo il nuovo dritto romano il debitore può valersene eziandio ne' *stricti iuris iudiciis*, ed ancor quando i due crediti nascano *ex dispari causa*, da diversi atti e cause obbligatorie. Solamente il credito che vuolsi compensare esser deve mai sempre giuridicamente valevole (quando pur sia da considerarlo come *naturalis obligatio*), diretto contro lo stesso creditore ed eziandio in tutto della medesima specie. Mestieri è infine che alla compensazione eccepita dal debitore, per il singolo caso, non si opponga qualche ostacolo legale, dimorante sovratutto nell'indole speciale del credito da estinguere; così, per un esempio, chi domanda un *depositum*, non è tenuto a disputar quistioni di compensazione, ma può senz' altro pretendere la restituzione della cosa depositata.

Poichè, del resto, l' eccezione della compensazione non riguarda che il modo e la forma del pagamento, così la si può far valere eziandio ne' giudizi di esecuzione, quando, cioè, vi è istanza di liquidazione. Ma in tal caso però quel che si vuol compensare dev'essere ancora subitamente liquidato (3).

Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. Modestinus, fr. 1, D., XVI, 2, *de compensat.*

In bonae fidei iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et ae-

---

(1) V. sopra il §. 152.
(2) V. sopra il §. 56.
(3) V. le leggi 1 e 2, Cod. *de sent. quae sine certa quantitate profertur.* VII, 46. — *Il Trad.*

quo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in stricti iuris iudiciis, ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque; excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi, satis impium esse credidimus, ne, sub praetextu compensationis, depositarum rerum quis exactione defraudetur. §. 30, L., IV, 6, *de act.*

Etiam quod natura debetur, venit in compensationem. Ulpianus, fr. 6, D., XVI, 2, *de compens.*

§. 155.

Della Novazione.

Dig. lib. XLVI, tit. 2, de novationibus et delegationibus.
Cod. lib. VIII, tit. 42, de nov. et deleg.

Il debitore può benanco pagare il creditore per mezzo di un altro credito, che gli dà in luogo del primo. Ma, poichè in questo caso vien data al creditore in vece del pagamento qualcosa diversa da ciò che forma il primitivo obbietto della *obligatio*, ne segue che ciò non può farsi senza l'espresso consenso di lui. Anzi, secondo il rigoroso sistema romano delle obbligazioni, ogni semplice accordo non basta per questo, ma vi è bisogno della forma della stipulazione. Questo contratto formato con istipulazione si addimanda *novatio*, sendochè con essa l'obbligazione da estinguere vien trasformata in un'altra totalmente nuova, *nova obligatio*, e che è destinata a tenere il luogo della prima. E poichè il creditore accetta questa novella obbligazione siccome un pagamento, la *novatio* produce un effetto pari a quello della *solutio*, e può estinguere *ipso iure* l'obbligazione. Per tal modo, adunque, da una parte vi è cessazione della precedente *obbligatio*, e dall'altra vi si stabilisce una nuova.

Del resto, questa novazione può servire a diversi fini. E prima per convertire artificialmente in istipulazione ogni obbligazione, civile o naturale che sia, specialmente a fin di potervi applicare di poi l'*acceptilatio* (1). Allora non altro propriamente si muta che la *causa obligationis*, mentre le altre parti costitutive del credito restano le stesse. Oltre che può avere in iscopo di mutar qualche cosa nel contenuto della precedente *obligatio*, modificando, cioè, la prestazione circa l'obbietto, il *quantum*, le clausole accessorie, a dir breve, in un rapporto quale che sia. Può, in fine, mirare innanzi tutto a cangiar la persona de' precipui interessati, segnatamente quella del debitore. La qual cosa è tanto più importante, quanto che nel dritto romano la novazione è l'unico mezzo adoperabile per ottenere, secondo le circostanze, che in luogo del precedente ed originario debitore un altro

(1) V. il §. che or segue.

subentri come tale. Perciocchè, sino a tanto che la medesima *obligatio*, presa come tale, perdura, non è possibile siffatto cangiamento del debitore per mezzo di una successione singolare (1). Una simile novazione, per cui il debitor precedente esce da un' *obligatio* ed un altro vi rientra per lui, s'addimanda in specialtà *expromissio*, ed è una specie importante delle intercessioni in generale (2).

In tutt'i casi su cennati la novazione presuppone sempre ed essenzialmente come suo fondamento la precedente sussistenza di una valida *obligatio* (la quale può ancor essere *naturalis*) e, da parte dei contraenti, l'*animus novandi* determinato e patente. Se manca quest'ultima condizione, la nuova obbligazione non fa che aggiugnersi alla antica.

Praeterea novatione tollitur obligatio. Veluti, si id, quod tu Seio debeas, a Titio dari stipulatus sit. Nam interventu novae personae nova nascitur obligatio, et prima tollitur translata in posteriorem, adeo, ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur.

Sed, quum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, quum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumptiones alii in aliis casibus introducebant; ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definivit, tunc solum fieri novationem, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt; alioquin manere et pristinam obligationem, et secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio secundum nostrae constitutionis definitionem. §. 3, Inst., III, 29, *Quib. mod. toll. oblig.*

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione.

Omnes res transire in novationem possunt. Quodcunque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novari potest, et transire in verborum obligationem ex quacunque obligatione, dummodo sciamus, novationem ita demum fieri, si hoc agatur, ut novetur obligatio. Caeterum, si hoc non agatur, duae erunt obligationes. Ulpian., fr. 1, pr. et fr. 2, D., XLVI, 2, *de novat. et delegat.*

§. 156.

Convenzioni di remissione.

Dig. lib. XLVI, tit. 4, de acceptilatione — Dig. lib. II, tit. 14, de pactis. Cod. lib. VIII, tit. 44, de acceptilatione.

Il dritto romano riconosce diversi modi e forme, con cui il creditore può contrattualmente liberare il suo debitore dalle conseguenze giuridiche della precedente obbligazione. Medesimamente lo scopo di siffatta liberazione non sempre può esser uno. Ora può essere il vo-

(1) V. più sopra il §. 125.
(2) V. sopra il §. 152.

lere cbe s' abbia di prosciogliere il debitore dal vincolo dell' obbligazione senza che vi esista una cansa di estinzione; ora il dare ad una causa di estinzione già preesistente una forma più sicura e più solenne.

A ciò era primamente riferibile la *nexi liberatio per aes et libram;* la quale corrispondente alla *nexi obligatio* consisteva in un imaginario pagamento, e però estingueva *ipso iure* la *obligatio* (1). Lo stesso era a dire della liberazione rivestita della forma delle *literae*, giacchè un'*obligatio* costituita per mezzo di scrittura inserta in registri di conti poteva finire con farsene il discarico. Ancor essa non è più in nso.

Per contrario, il nnovo dritto romano riconosce ancora due forme di liberazione, l' *acceptilatio* ed il *pactum de non petendo.*

La prima non è cbe la orale dichiarazione del creditore (rivestita nella forma della stipulazione), con cbe, all' interrogazione fattagli dal debitore, e' risponde di tenersene satisfatto. Ed appnnto percbè il precedente creditore dicbiara nel modo più preciso di avere avnto il suo dovere, ne segue cbe ancor essa l' *acceptilatio* estingue *ipso iure* l' obbligazione. Per contrario, quest' *acceptilatio* era posta per entro a confini ristretti, siccome quella cbe si applicava soltanto alle obbligazioni formate con istipnlazione. Pur nondimeno v'era modo di allargarne l' applicazione convertendo con la novazione in *obligatio ex stipulatu* un' obbligazione contratta primamente in altro modo, e facendosene appresso l' *acceptilatio* (2). Con questo tien riferimento l' *aquiliana stipulatio*, formnla imaginata per dar luogo ad un' accettilazione generale (3).

Il *pactum de non petendo* è più efficace, cbe non è l' *acceptilatio*, in questo senso cbe si può applicarlo a tntte le obbligazioni senza badare alla loro *causa* ed origine. Ma, d'altra banda, esso non cagiona *ipso iure* la estinzione dell' *obligatio*. Imperoccbè il creditore non dichiara qui di essere stato soddisfatto, ma solo promette, anzi non con la forma della stipulazione, cbe non sarà per chiedere, *petere*, il pagamento del debito. Perciò, rigorosamente parlando, ei riman sempre creditore; solo, quando si fa a dimandare contra il patto, *petit*, gli osta la *exceptio pacti s. doli* da parte del debitore.

In ultimo, si pnò e deve ancbe come una specie di reciproca remissione considerare il caso cui suolsi indicare con la frase di *contrarius consensus* o di *mutuus dissensus*. Al modo stesso cbe certi patti si contraggono *solo consensu*, così per reciproco dissenso de' contraenti possono ancora estinguersi le obbligazioni. Tuttavia ciò presuppone cbe nel fatto tutto il rapporto contrattnale si fondi sul solo *consensus;* e cbe l' un de' contraenti non abbia dato cominciamento alla esecuzio-

(1) V. sopra il §. 151.

(2) V. §. 155.

(3) Di questa specie di stipulazione, inventata dal giureconsulto Gallo Aquilio, si fa parola ne' seguenti luoghi §. 2, *Inst.* (III, 29.). *fr.* 18, D. (XLVI, 4). Gaius III. 170. Vedi pure Haubold, *fragm. Graecum de obligationum causis et solutionibus*, ristampato per cura del nostro benemerito Angelo Mai, Lipsia, 1817. *Il trad.*

ne. Chè, altrimenti, il precedente rapporto di obbligazione non si potrebbe *solo contrario consensu* distruggere compiutamente e sotto qualsivoglia risguardo (1).

Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id, si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur haec verba debitorem dicere: *Quod ego tibi promisi, habesne acceptum?* Et Titius respondeat: *Habeo*. Sed et graece potest acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut latinis verbis solet: ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών. Quo genere, ut diximus, tantum hae obligationes solvuntur, quae ex verbis consistunt, non etiam caeterae. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi. Sed id, quod ex aliis causis debetur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolvi. §. 1, Inst., III, 29, *quibus modis obligatio tollitur*.

Est prodita stipulatio, quae vulgo Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, et ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes, et a Gallo Aquilio ita composita est: *Quidquid te mihi ex quacunque causa dare facere oportet, oportebit, praesens in diemve, quarumque rerum mihi tecum actio, quaeque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est, eritve, quodve tu meum habes, tenes, possides, dolove malo fecisti, quo minus possideas; quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius*. Item ex diverso Numerius Negidius interrogavit Aulum Agerium: *Quidquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem spopondi, id omne habesne acceptum?* Respondit Aulus Agerius: *Habeo, acceptumque tuli*. §. 2, Inst., eod.

Praeterea debitor, si pactus fuerit cum creditore, ne a se peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur: qua de causa efficax est adversus eum actio, qua actor intendit, *si paret, eum dare oportere*. Sed, quia iniquum est, contra pactionem eum damnari, defenditur per exceptionem pacti conventi. §. 3, Inst., IV, 13, *de exceptionibus*.

Hoc amplius eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius et Seius inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emtum Seius haberet centum aureorum, deinde, re nondum secuta, id est neque pretio soluto, neque fundo tradito, placuerit inter eos, ut discederetur ab ea emtione et venditione, invicem liberantur. Idem est in conductione et locatione et in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut iam dictum est. §. 4, Inst., III, 29, *Quib. mod. toll. obl.*

§. 157.

Altre cause estintive delle obbligazioni.

Un' obbligazione può estinguersi altresì in diversi modi. Così, a cagion d'esempio, allorchè entrambi i soggetti essenzialmente necessari per qualsivoglia *obligatio*, il creditore e 'l debitore non più esistano come tali, cioè come due persone, ognuna sussistente indipendentemente per sè. Il che è quando, per mezzo della *confusio*, entrambe

(1) Vedi il fr. D. 58, (II, 14). *Quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituantur*. Il trad.

le qualità si sono confuse in una medesima persona; per es. perchè il creditore è succeduto al debitore o questi a quello. Niuno può essere con ragione creditore o debitore di sè stesso. Talvolta qui pure è da riferirsi il caso, quando uno de' due interessati vien sottratto interamente al precedente rapporto di obbligazione per la *capitis deminutio*, o per morte. Egli è vero che, di regola generale, la morte non produce questo effetto, dappoichè così ne' crediti come ne' debiti succedono gli eredi del creditore e del debitore ; ma ciò, giusta la disposizione di legge, soffre una peculiare eccezione in certe obbligazioni che nel fatto, come personalissime, non mai, od almeno da una parte non si trasmettono per eredità nè attivamente nè passivamente. È da noverare eziandio il caso in cui l' interesse, che prima aveva il creditore, onninamente cessò ; perocchè al modo stesso che un' *obligatio* non può costituirsi senza cotal preesistente interesse del creditore, così pure essa non può continuare ad esistere senza che perduri ancora cotesto interesse. Finalmente un'*obligatio* può estinguersi eziandio, almeno secondo le circostanze, per effetto della totale distruzione del primitivo suo obbietto (1).

LIBRO QUARTO.

TEORIA DE' RAPPORTI DI FAMIGLIA O DEL DRITTO DI FAMIGLIA.

§. 158.

Idea generale.

Chiaro è per ciò che antecede (vedi il §. 81), che i rapporti giuridici i quali, come rapporti di famiglia, formano quel che oggidì si addimanda *dritto di famiglia*, non sono più che tre : il matrimonio, il rapporto de'genitori co'loro figli, compresavi sovrattutto la patria potestà, e finalmente la tutela e la curatela. In questo ordine naturale è mestieri che tali rapporti sien discorsi per noi.

Come portatore e soggetto di tutti questi rapporti di famiglia naturalmente si appresenta sempre que' che vien detto persona fisica, giacchè, secondo la natura della cosa, le persone giuridiche sono incapaci di cosiffatti rapporti.

Vuolsi, inoltre, premettere una generale osservazione storica. Ed in vero, quanto più noi ci ricacciamo ne' tempi più antichi della costituzione giuridica di Roma, tanto più scolpito ci si offre un certo legame tra i rapporti di famiglia e quelli di patrimonio, per forma che la famiglia si compenetra in questo, e quasi s'identifica. La stessa potestà privata del cittadino romano, alla quale sottostavano le cose appartenenti al proprio patrimonio, *patrimonium*, reggeva eziandio i membri di famiglia soggetti al capo di essa, come *paterfamilias*, e gli

(1) V. nondimeno il §. 152.

facea per lui pecuniariamente utili. Egli disponea della sua *familia* simile in tutto e senza veruna limitazione come con la sua *pecunia*, e solo per la circostanza che i suoi membri di famiglia non erano *cose*, ma realmente *persone*, avea luogo una naturale distinzione. E soltanto in progresso de' tempi la famiglia con i suoi proprii e personali rapporti cominciò a segregarsi sempre più dal patrimonio. Quel tale legame, che certamente è rimasto in parte tra il patrimonio e la famiglia, non è più così fatto, che i rapporti di famiglia ne restino assorbiti, od anche, come a dire, adombrati.

CAPITOLO PRIMO.

DOTTRINA DEL MATRIMONIO.

§. 159.

Idea del matrimonio.

GAI. *Comm.* lib. I. §. 108, sq.

Il punto dal quale i Romani prendon le mosse è, che il germe bruto del matrimonio, in quanto unione de' due sessi, risiede nella natura animale dell'uomo, in quello *quod natura omnia animalia docuit.* Nullameno non isconoscono il più alto e puramente umano e morale elemento ch' è base del matrimonio; anzi lo rilevano come società di tutta la vita che esso mira a stabilire tra un uomo ed una donna, e dichiarano che ei pur tiene all' essenza del matrimonio anche secondo il *ius gentium.* Quivi è il risedio del comune carattere del matrimonio tal quale si offre da pertutto, e in conseguenza di che il matrimonio si manifesta come il germe ed il fondamento non solo di tutt' i rapporti di famiglia, ma di tutto lo Stato. Or quando diciamo che, a malgrado di questo comune carattere, si trova diversamente concepito il dritto di matrimonio nelle varie legislazioni positive, ciò si collega col rispondere a due dimande ; l' una è chiedendo a quali segni esterni propriamente stabiliti, ed a quali condizioni vuol essere giuridicamente riconosciuta l' esistenza del matrimonio ; l' altra è circa i peculiari e proprî effetti giuridici che devono annettersi a questa esistenza.

Il dritto romano non riconosceva mai sempre che un' unica sorta di matrimonio di dritto civile, sinonimamente appellato *nuptiae, iustae nuptiae, iustum legitimum matrimonium.* Ma in considerazione di certi effetti esterni, secondo che questi fossero per caso legati o no con esso, si facea distinzione tra il matrimonio *cum conventione uxoris in manum mariti*, e quello che era privo di tale *conventio.* L' ammettere perciò due *specie di matrimonio* al tutto diverse sarebbe non pur contrario allo spirito del dritto romano, ma molto facilmente farebbe ancora smarrirne il concetto e frantendere.

Quel che era caratteristico in questo *iustum matrimonium*, e

che resta egualmente lo stesso ed immutato, vada o no congiunta con esso la *manus mariti*, consisteva nel suo fondamento rigorosamente civile, per cui non altri che il cittadino romano n'era capace. Sua condizione essenziale era inoltre l'esistenza del *connubium* congiunto con l'*offectio matrimonialis*, col *consensus nuptialis*. Come sue principali conseguenze voglionsi tener queste, che la donna prende parte nel grado e nella condizione del suo marito, ed i figli, come nati del matrimonio, non solo in generale hanno giuridicamente un padre, ma cadono eziandio sotto la sua *patria potestas*, o sotto qnella de' più lontani ascendenti paterni che vi possano esistere.

Qnel che poi distingueva le due sopraccennate possibili figure del matrimonio civile, onde ancor bene oggidì suolsi dire matrimonio rigoroso e meno rigoroso, stava (indipendentemente da alcune forme più accidentali ed esterne con che si conchiudeva) nell'inflnenza più o meno rigorosa che avea sulla indipendenza della moglie nelle sne relazioni col marito. Sendochè quella *uxor, quae in manum mariti convenerat*, veniva nella condizione di una *filiafamilias;* usciva quindi dalla precedente sna famiglia, ed entrava in qnella del marito. Per contrario, nel matrimonio *sine conventio* la donna conservava intieramente le sue primitive relazioni di famiglia senza mai perdere la sua indipendenza rimpetto al marito.

In progresso di tempo la già frequente unione del *iustum matrimonium* con la *conventio uxoris in manum mariti* andò divenendo sempre più raro, e finalmente scomparve affatto sotto il regime imperiale senza che per noi si possa precisarne il tempo. La ragione di questa sparizione è dá rinvenire nell'operare di varî avvenimenti storici coesistiti, e in ispecialità nella manifesta declinazione della primitiva illibatezza de' costumi, e della vita di famiglia.

Nel nuovo dritto romano non v'è, dunque, che il matrimonio civile senza la *conventio uxoris in manum mariti;* e questo va sempre inteso là dove le nuove fonti giuridiche parlano del romano matrimonio civile. Ciò non ostante, il concetto del *iustum matrimonium* non si è in tntto il resto alterato.

Da questo matrimonio, che era naturalmente possibile pe' soli cittadini romani, si differenziava essenzialmente il matrimonio secondo il *ius gentium*, del quale anch'essi i peregrini erano capaci. Esso era l'unione dell'uomo e della donna, avente il carattere e lo stesso scopo generale e puramente umano del matrimonio, con que' puri effetti che traeva seco il *ius gentium*, specialmente il rispettivo dritto patrio de' peregrini. Ancor esso fondava un *consortium totius vitae;* i figli che nasceano, aveano giuridicamente un padre, e la donna era considerata come moglie. Solo mancavano gli effetti strettamente civili, massime la *patria potestas* del padre sovra i legittimi suoi figliuoli.

Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit... Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus. Pr., Inst., I, 2, *de iure naturali, gent. et civ.*

Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam vitae consuetudinem continens. §. 1, Inst., I, 9, *de patria potest.*

Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio. Modestin., fr. 1, D., XXIII, 2, De *ritu nuptiarum.*

Genus enim est *uxor*, eius duae formae, una matrumfamilias earum, quae in manum convenerunt, altera earum, quae tantummodo uxores habeantur. Cic., *Top.*, cap. 3.

§. 160.

Altre unioni de' due sessi fuori del matrimonio, specialmente del concubinatus.

Dig. lib. XXV, tit. 7, de concubinis — Cod. lib. V, tit. 26, de concubinis.

È facile a intervenire che, anche senza la esistenza, anzi ancora senza la intenzione e la giuridica possibilità di un vero matrimonio, un uomo viva con una donna in una sessuale unione. Questa unione è spesso in sè legalmente illecita, anzi delittuosa, potendoci essere lo *stuprum*, l' *adulterium*, o lo *incestus*, previsti e puniti dalla *lex Julia de adulteriis coercendis* di sì grande comprensione. A dir corto, l' antico dritto romano non riconosceva fuori del matrimonio verun rapporto sessuale siccome legalmente lecito. Tale rapporto, vogliam dire il *concubinatus*, si ammise più tardi, sotto di Augusto.

Questo concubinato era unione sessuale, permanente, dalle leggi permessa, produttiva di certe consegnenze giuridiche, tra un uomo ed una donna, entrambi scapoli; avente, gli è vero, lo scopo di un *consortium totius vitae*, ma priva però dell' *affectio maritalis*. Dalla *lex Julia et Papia Poppaea* esso ebbe determinazione precisa e carattere proprio giuridico; e fu in generale rivolto a molti altri scopi politici, che Augusto volle raggiugnere con questa *lex Julia*. Segnatamente fu così voluto porre un indiretto ostacolo alla corruttela de' costumi già radicata e quasi senza limiti.

Veramente parlando, il *concubinatus* matrimonio non era, e perciò la concubina, non essendo considerata siccome moglie, come *uxor*, non partecipava il grado e la condizione dell' uomo; ed i figli, i *liberi naturales*, non ricadevano, come quelli che nascevano del matrimonio, sotto la potestà del loro genitore. D' altra parte, esso tiravasi dietro sè molte giuridiche conseguenze non solo per rispetto alle persone conviventi in concubinato, ma anche pe' loro figliuoli, i quali avevano giuridicamente un padre, e conseguivano certi dritti contra di lui.

Questo concubinato noi lo troviamo benanco nel dritto giustinianeo come un rapporto giuridico legalmente permesso. Ma, dacchè il Cristianesimo fu elevato a religione dello Stato, sempre più chiara apparve la cura degl' imperatori se non per ispegnere il concubinato,

giacchè non si confidavano di asseguir tanto per essersi pur troppo propagato con gli usi della vita romana, almeno per osteggiarlo con vari modi indiretti.

Da ultimo, con tutt' i rapporti sin qui discorsi non è da confondere il *contubernium*, unione sessuale di un uomo libero con una schiava, o di due schiavi fra loro. Poichè, sebbene quest' ultima unione, massime quando avea luogo col consenso de' due padroni, potesse esternamente prender forma di matrimonio, o di un *concubinatus*, con tutto ciò non avea per gli schiavi stessi la natura di un vero rapporto giuridico.

Stuprum committit, qui liberam mulierem, consuetudinis causa, non matrimonii, continet, excepta videlicet concubina. Modestin., fr. 34, §. 1, D., XLVIII, 3, *Ad leg. Iuliam de adulteriis.*

Parvi autem refert, uxori, an concubinae quis leget, quae eius causa emta parata sunt ; sane enim, nisi dignitate, nihil interest. Ulpian., fr. 49, §. 4, D., XXXII, *de legat.*

Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur. Paulus, *Sent. recept.*, lib. II, tit. 20.

Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest. Paul., *Sent. rec.*, lib. II, tit. 19, §. 6.

§. 161.

Possibilità giuridica del matrimonio, o connubium.

Inst. lib. I, tit. 10, de nuptiis — Dig. lib. XXIII, tit. 2, de ritu nuptiarum. Cod. lib. V, tit. 4, de nuptiis.

Solo dove esiste un *connubium*, ove per conseguenza, secondo il nostro odierno modo giuridico di esprimerci, non v' è alcun impedimento al matrimonio, si può in generale ragionare di un matrimonio di dritto civile.

Questo *connubium* era negato assolutamente non solo a tutti gli schiavi, ma ancora, a cagion della natura affatto civile del matrimonio, a tutti gli uomini non cittadini romani, salvochè no 'l si fosse loro accordato per uno speciale favore. *Connubium concessum.* Negavasi inoltre, per ragioni uscenti dallo scopo naturale del matrimonio, a tutti gl' impuberi ed a' castrati ; per guisa poi relativa, spesso a un genere di persone più che ad un altro ; e ciò è quando alcuni motivi rendono impossibile il matrimonio fra certi individni, avvegnachè ognun di essi, per sè solo considerato, sia capace di contrarre un matrimonio. Simili motivi si fondano ora su di una decenza consacrata dall' abitudine o dalla legge, che vieti potere gli stretti congiunti affini contrarre matrimonio tra loro. Il limite di tale divieto non fu nello Stato romano egualmente stabilito in ogni tempo: altri svariati rapporti, più semplicemente politici, ebbero anche in questo la parte

loro. Tra quest' ultimi entrava per antico una certa ineguaglianza di condizione. Il *connubium*, che primitivamente non avea luogo tra i patrizi e i plebei, fu lecito infra loro per la *lex Canulea* (nell' anno 311 di Roma) (1). Ma, sotto Augusto, la *lex Julia et Papia Poppaea* pose un nuovo impedimento pel matrimonio, avuto conto di certe altre ineguaglianze di condizione ; ma questo ostacolo, che poi Giustiniano tolse via, non si opponeva al concubinato.

Straordinari permessi di contrarre matrimonio, non ostante mancasse il *connubium*, poteano sin da prima essere accordati a' particolari per via di grazia o di dispensa; ma, come ei pare, ben di rado. Molto più raramente ed assai tardi era tal venia conceduta là dove il matrimonio fosse legalmente proibito per ragione di prossima parentela o di affinità.

Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, connubium sit... Connubium est uxoris iure ducendae facultas. Connubium habent cives romani cum civibus romanis; cum latinis autem et peregrinis ita si concessum sit. Cum servis nullum est connubium. Ulpian., Fragm. tit. V, §. 4 et 5.

Iustas autem nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminae autem viri potentes, sive patresfamilias sint, sive filiifamilias... Ergo non omnes nobis uxores ducere licet; nam a quarundam nuptiis abstinendum est. Inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se obtinent, nuptiae contrahi non possunt, veluti inter patrem et filiam, vel avum et neptem, vel matrem et filium, vel aviam et nepotem et usque ad infinitum. Et si tales personae inter se coierint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et haec adeo ita sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio iungi, in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat. Itaque eam, quae tibi per adoptionem filia, vel neptis esse coeperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris.

Inter eas quoque personas, quae ex transverso gradu cognationis iunguntur, est quaedam similis observatio, sed non tanta. Sane enim inter fratrem et sororem nuptiae prohibitae sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ex alterutro eorum. Sed, si qua per adoptionem soror tibi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter te et eam nuptiae consistere non possunt. Quum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, poteris eam uxorem ducere. Sed et si tu emancipatus fueris, nihil est impedimento nuptiis.... Fratris vero, vel sororis filiam uxorem ducere non licet. Sed nec neptem fratris, vel sororis ducere quis potest, quamvis quarto gradu sint; cuius enim filiam uxorem ducere non licet, eius neque neptem permittitur... Item amitam, licet adoptivam, uxorem ducere non licet, item materteram, quia parentum loco habentur. Qua ratione verum est, magnam quoque amitam et materteram magnam prohiberi uxorem ducere.

Adfinitatis quoque veneratione quarundam nuptiis abstinere necesse est. Ut ecce privignam aut nurum uxorem ducere non licet, quia utraeque filiae loco sunt. Pr., §. 1-6, Inst., I, 10, *de nuptiis*.

Lege Iulia ita cavetur : *Qui senator est, quive filius, neposve ex filio, pro-*

---

(1) Questo plebiscito, vinto dal tribuno Canuleio, abrogò la disposizione delle XII tavole, che vietava il matrimonio tra i patrizii ed i plebei. Vedi Flor. lib. 1, §. 25 — Cic. *de repub.* lib. 2, §. 37. *Il Trad.*

neposve ex filio nato cuius eorum est, erit, ne quis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto libertinam, aut eam, quae ipsa, cuiusve pater materve artem ludicram facit, fecerit; neque senatoris filia, neptisve ex filio, proneptisve ex nepote filio nato, nata, libertino cive, qui ipse cuiusve pater materve artem ludicram facit, fecerit, sponsa nuptave sciens dolo malo esto; neve quis eorum dolo malo sciens sponsam uxoremve eam habeto. Paul., fr. 44, pr., D., XXIII, 2, *De ritu nuptiar.*

§. 162.

Del modo onde si contrae il matrimonio e la conventio uxoris in manum mariti.

L' esistenza del *connubium* rende il matrimonio legalmente possibile infra certe persone. Ma in realtà esso esiste quando, sotto la condizione del *connubium*, fu conchiuso e contratto.

Questa conchiusione del matrimonio fondavasi sempre mai su la sola comprovata esistenza della reciproca *affectio coniugalis s. maritalis*, conformemente al principio: *consensus facit nuptias*. Non v' era bisogno di una peculiare solenne dichiarazione di questa volontà da parte de' due, di essere cioè marito e moglie, perchè il matrimonio fosse valido.

Anche secondo il nuovissimo dritto romano il matrimonio vien conchiuso con il solo *consensus*. Il gettarne una scrittura, *instrumenta, pacta dotalia*, era richiesto solo per eccezione, quando si trattava della celebrazione di certi matrimoni infra persone segnalate, o si volea farne sortire alcuni effetti speciali, verbigrazia, la legittimazione de' figli (nati di concubinato) *per subsequens matrimonium*.

Per contrario, sin dalle prime si era rigorosamente statuito di non potere un *filius* o *filiafamilias*, salvo poche eccezioni, o per dir meglio mitigazioni contenute in parte nella *lex Julia et Papia Poppaea*, contrarre validamente un matrimonio senza il *consensus* del proprio *parens*. Anzi, in forza del primitivo rigore della patria potestà, poteva il padre accasare i suoi figli (maschi o femmine) a suo talento, senza, non diciamo la saputa, ma la volontà e deliberazion loro.

Del rimanente, tutto ciò va detto circa la conchiusione del semplice *matrimonium* con le sue ordinarie e civili conseguenze. All'incontro se la moglie dovesse nel tempo stesso venire *in manum mariti*, la semplice conchiusione del matrimonio non bastava, ma a questo effetto era da praticar sempre qualche altra cosa, alcun che di peculiare. Dipendeva, cioè, pria di tutto dalla volontà degli sposi, o di coloro che li aveano nella *patria potestas* se il matrimonio da conchiudere dovesse subito stabilirsi con una *conventio in manum mariti*. Se ciò si volea, bisognava, nella conchiusion del matrimonio, dichiararlo nella forma solenne della *coemptio*, o della *confarreatio*. Entrambe queste forme miravano egualmente a suggettar la moglie alla *manus;* solo la *confarreatio* serviva nel tempo stesso a certi fini religiosi, concernenti alla condizione de' sacerdoti. Imperocchè que' che

aveano certe dignità sacerdotali potevano in generale conchiudere un matrimonio non altrimenti che nella forma della *confarreatio*. Anche i soli figli generati da coniugi confarreati poteano conseguire certe dignità sacerdotali. Non pertanto un matrimonio, ancorchè conchiuso senza *coemptio* e senza *confarreatio*, o in questo rapporto difettoso e privo di effetti, poteva dipoi prendere il carattere della *conventio*, tacitamente, per presunta volontà degli sposi, non avendolo pensatamente impedito, per mezzo del *trinoctium usurpandi causa*, per indiviso e più lungo convivere, mediante l' *usus*. Di questi tre modi onde aveasi la *conventio*, assai per tempo venne in desuetudine il tacito trapassar della moglie nella *manus* del marito per mezzo dell' *usus*; per guisa che la moglie non potea quinci innanzi venire nella *manus mariti* se non per atto solenne, con la *confarreatio* o la *coemptio*. Assai più lungamente si mantenne l'uso della *confarreatio* a cagion della sua attenenza con fini nazionali e religiosi. Anzi questa, da'tempi di Augusto e di Tiberio, sembra di essere divenuta una semplice forma, la quale, senza produrre la vera *manus*, non ha per iscopo che la conservazione di certi istituti sacerdotali.

Nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes, Id est, qui coeunt, quorumque in potestate sunt.

Nuptias non concubitus, sed consensus facit. Ulpian., fr. 30, D., L, 17, *De reg. iur.*

Dum tamen filiifamilias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere, et civilis et naturalis ratio suadet in tantum, ut iussus parentis praecedere debeat. Unde quaesitum est, an furiosi filia nubere, aut furiosi filius uxorem ducere possit? quumque super filio variabatur, nostra processit decisio, qua permissum est, ad exemplum filiae furiosi, filium quoque posse, et sine patris interventu, matrimonium sibi copulare, secundum datum ex constitutione modum. Pr., Inst., I, 10, *de nupt.*

Olim tribus modis in manum conveniebant: *usu, farreo, coemptione.*

Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverans, dum velut annua possessione usu capiebatur, in familiam viri transibat, filiaeque locum obtinebat. Itaque lege XII Tabularum cautum erat, si qua noliet eo modo in manum mariti convenire, ut quotannis trinoctio abesset atque ita usum cuiusque anni interrumperet. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est.

Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii... in quo farreus panis adhibetur; unde etiam confarreatio dicitur. Sed complura praeterea huius iuris ordinandi gratia, cum certis et solemnibus verbis, praesentibus decem testibus, aguntur et fiunt. Quod ius etiam nostris temporibus in usu est.

Coemptione in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem, adhibitis non minus quam quinque testibus civibus romanis puberibus, item libripende, asse emente praeter mulierem eo, cuius in manum convenit. Gai., *Comm.*, I, §. 110-113.

§. 163.

Delle nozze, sponsalia.

Dig. lib. XXIII, tit. 1, de sponsalibus — Cod. lib. V, tit. 1, de sponsalibus et arrhis sponsalitiis et proxeneticis.

Le sponsalizie, *sponsalia*, sono una preparazione al matrimonio. Ma non si creda che da queste dipenda essenzialmente la validità giuridica del matrimonio che ha da seguire. Quantunque in origine derivassero da due corrispettive stipulazioni (e ne portano anco il nome) pure, conchiuse che erano, non ingeneravano mai, uemmeno per indiretto, pattuendo una pena convenzionale, l'obbligazione giuridica di contrarre il matrimonio per tal guisa stabilito. E però l' un fidanzato non può costringere l' altro a disposarlo. Anzi a ciascun di essi è dato di non mantenere, volendo, la data promessa di matrimonio ; nel che non deve riconoscersi che una logica conseguenza del principio che statuisce, potersi dal conchiuso matrimonio recedere a piacimento di un solo degli sposi. Solamente, chi dà nuova promessa di matrimonio innanzi che sia risoluta la prima, incorre la infamia per virtù dell'editto pretorio. E quando i fidanzati per cagion del matrimonio si scambiarono de' doni, *(arrha sponsalitia, ante nuptias donatio)*, colui che senza motivi bastevoli nè dalla legge riconosciuti dava cagione che le nozze non si facessero, non poteva, per pena, riavere i propri suoi doni ; e, che era il più, come donatario, dovea restituire in doppio quelli che ei s'avesse ricevuti.

Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum. Florentinus, fr. 1, D., XXIII, 1, *de sponsalibus*.

Alii desponsatae renuntiare conditioni et nubere alii non prohibentur. Diocl. et Maxim., c. 1, C., V, 1, *de sponsal.*

Infamia notatur.... qui bina sponsalia in eodem tempore constituta habuerit. Iulian., fr. 1, D., III, 2, *de his qui notantur infamia*.

Iubemus ut, vel... in potestate patris degentes, vel ullo modo proprii iuris constituti, tanquam futuri causa matrimonii aliquid sibi ipsi, vel consensu parentum mutuo largiantur, si quidem sponsus, vel parens eius sortiri filium noluerit uxorem, id, quod ab eo donatum fuerit, nec repetatur traditum, et si quid apud donatorem resedit, ad sponsam et heredes eius submotis ambagibus transferatur. Quod si sponsa, vel is, in cuius agit potestate, causam non contrahendi matrimonii praebuerit, tunc sponso eiusque heredibus, sine aliqua diminutione, per condictionem, aut per utilem in rem actionem, redhibeantur. Quae similiter observari oportet, et si ex parte sponsae in sponsum donatio facta sit. Constant., c. 15, C., V, 3, *de donat. ante nuptias*.

§. 164.

Degli effetti del matrimonio in generale.

Dig. lib. XXIV, tit. 1, de donationibus inter virum et uxorem — Cod. lib. V, tit. 16, de donationibus inter virum et uxorem et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione — Dig. lib. XXV, tit. 2, rerum amotarum — Cod. lib. V, tit. 21, rerum amotarum.

Il *consortium totius vitae*, in cui, conforme al concetto romano, deve consistere ogni matrimonio, dinota innanzi tutto una certa società, una unità meramente morale delle persone, un convivere indiviso degli sposi, ed opra che la donna partecipi la condizione e 'l *domicilium* del marito. Conciosiachè l'idea di una matrimoniale comunanza di beni, totale o parziale che sia, avvisata come un' immediata conseguenza del matrimonio, è del tutto straniera ed all' antico ed al nuovo dritto romano. Solo diciamo che lo stesso scopo sì morale che giuridico del matrimonio, specialmente l' attuazione di tal *vitae consortium*, inevitabilmente porta questo con sè; che il matrimonio operi non poco e per varie guise, almeno indirettamente, anche ne'rapporti pecuniari degli sposi.

La natura particolare di tutti questi rapporti tra gli sposi dipendeva principalmente nell' antico evo romano dal vedere se la donna fosse ovver non venuta nella *manus* dell'uomo. Imperocchè nel primo caso la moglie, sebbene prendesse l' onorifico nome di *materfamilias*, pure veniva, rimpetto al marito, nella condizione di *filiafamilias*, era *filiaefamilias loco*. Se lo stesso marito, per la sua persona, era *filiusfamilias*, anche sua moglie divenia *filiafamilias* di colui che lo avea nella *patria potestas*. Ella usciva, in ogni caso, dalla sua precedente famiglia, e passava in quella di suo marito. Di qui derivava quella sua rigorosa e personale dipendenza da lui, analoga alla *patria potestas*, e l' essere sottoposta alla sua domestica giurisdizione. Pur nullameno doveasi per lui, come pare, quando anco non per legale precetto, ma per una generale consuetudine, convocare ne' casi più importanti un certo consiglio di famiglia, un *iudicium propinquarum*. La moglie diveniva altresì, come *filiafamilias*, incapace di aver cosa del proprio. Per lo che non solo tutt' i beni, che avesse ella avuti immediatamente prima della *conventio*, devolveansi al marito per mezzo di una *per universitatem successio*, ma ancora quelli che avesse potuti acquistare dappoi. Ondechè conseguivasi per lei, come *filiafamilias* e *sua*, anche un legale e ben fermo dritto di successione nella famiglia di suo marito; la qual cosa era tanto più equa e necessaria, quanto che ella, passando già nella *manus mariti*, avea perduto ogni dritto di agnazione e di successione nella sua precedente famiglia.

Per l'opposto, se il matrimonio fu contratto senza *conventio in manum*, la moglie rimaneva nelle sue precedenti relazioni di famiglia;

epperò conservava, inverso al marito, la sua personale indipendenza; non si riduceva verso di lui che in quello stato di subordinamento che il dritto romano prescrive siccome cosa attemperata allo scopo morale del matrimonio giusta il *ius gentium*, senza reputar conveniente e necessario di stabilire rigorosamente i limiti di esso. La quale subbiezione avea pur luogo allorchè la donna, come *filiafamilias*, trovavasi sotto la *potestas* di suo padre o del suo avo. Poichè, sebbene così fatta potestà *patria* non cessasse pel matrimonio della donna, pure i rigorosi suoi effetti tornavano a nulla in quanto veniano in collisione co' dritti del consorte. Del che ci dà prova specialmente il potere che ha il marito di sperimentare contro il *parens* di sua moglie l' *actio de uxore exhibenda et ducenda*, perchè ella ritorni a lui. Se la donna era *sui iuris* e perciò capace di avere beni propri, conservava per sè durante il matrimonio e senza che fossero confusi con quelli del marito tanto i beni che possedesse al tempo della contrattazione del maritaggio, quanto quelli che acquistasse dappoi. Non pertanto il matrimonio traeva seco certi propri rapporti pecuniari infra gli sposi, alcuni sempre e necessariamente, altri spesso, se non ogni volta, in virtù di speciali convenzioni.

1.° Di fatti, la prima cosa, il marito, come ha da provvedere a tutt' i bisogni della casa, così ha pur l' obbligo di alimentare la moglie. Come vi conferisca la dote, che altri assegnò alla donna, od ella a sè stessa, sarà detto nel paragrafo che segue.

2.° Secondamente, noi troviamo già ben presto, pria sostenuto dal dritto consuetudinario, poi dà legale disposizione con più nettezza statuito l' assoluto e rigoroso divieto delle *donationes inter virum et uxorem*. Questa proibizione non sarebbe bisognata nel matrimonio con la *conventio*, giacchè la *manus* rendeva giuridicamente impossibili simiglianti donazioni. Per contrario, tal divieto rilevava gran fatto alla condizione degli sposi, ove non esistesse alcuna *conventio* ; e certo, ragioni psicologiche ed assai bene valutate mossero il legislatore ad emettere cotesto provvedimento a fin di estinguere nel suo germe tutto ciò che potesse recar nocumento alla essenza morale del matrimonio e promuovere tra gli sposi un disordinato ed incivile amore di sè stesso. Ciò, per altro, concerne le sole *donationes inter vivos*. Più tardi, questo divieto, segnatamente per un senatusconsulto dato fuori sotto Caracalla, fu modificato e reso men duro per più rispetti. Ma tuttavia saldo in tutto si mantenne sino al nuovissimo dritto giustinianeo.

3.° E non per altro se non per ragioni di un certo indulgente e benigno comportamento, cui la natura morale del matrimonio prescrive reciprocamente fra gli sposi, fu statuito non potere aver luogo le azioni nascenti dal *furtum*, propriamente detto, quando l'un coniuge avesse rubato all'altro una cosa. Tuttavia si provvide mercè d'altre azioni meno offendevoli al decoro del coniuge reo, perchè questi non potesse ritenere quel che rubò. S'introdusse eziandio pel caso del furto commesso in considerazione di un prossimo divorzio un' azione

speciale, *actio rerum amotarum*, produttiva di effetti particolari contro il coniuge colpevole e divorziato (1).

4.° Come poi il matrimonio, secondo le circostanze, costituisca certi dritti di reciproca successione tra i coniugi, si dirà nel dritto di successione.

5.° Finalmente, in virtù di convenzioni e di disposizioni speciali, potevano certi beni ricevere un carattere affatto proprio, formare certe specie particolari di patrimonio riferentisi immediatamente allo scopo del matrimonio. Il che non segue necessariamente dal matrimonio, ma solo è possibile in esso e con esso. Comprende ognuno che intendiamo parlare della *dos* e della *propter nuptias donatio*.

Si quam in manum ut uxorem receperimus, eius res ad nos transeunt. Gai., *Comm.*, II, §. 98.

Mulieres honore maritorum eriglmus, genere nobilitamus, et forum ex eorum persona statuimus, et domicilia mutamus. Sin autem minoris ordinis virum postea sortitae sunt, priore dignitate privatae, posterioris mariti sequentur conditionem. Valent., Theodos. et Arcad., c. 13, C., XII, 1, *de dignitatibus*.

Imo magis de uxore exhibenda ac ducenda pater etiam, qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur. Hermogenianus, fr. 2, D., XLIII, 30, *de liberis exhibendis*.

Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. Ulpian., fr. 1, D., XXIV, 1, *de donat. inter vir. et uxor.*

Haec ratio ex Oratione imperatoris nostri Antonini eiecta est. Nam ita ait: Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret. Idem, fr. 3, pr., D., eod.

Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptae sunt, quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt. Idem, fr. 9, §. 2, et Gaius, fr. 10, D., eod.

Ait Oratio (Antonini): fas esse, eum quidem, qui donavit poenitere; heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius, qui donaverit, durum et avarum esse. Ulpian., fr. 32, §. 2, D., eod.

Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam, quae uxor fuit, quia non placuit, cum ea furti agere posse, quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere, ut Nerva, Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret, aliis, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam fecere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure; in qua sententia et Iulianus rectissime est. Paulus, fr. 1, D., XXV, 2. *De actione rerum amotarum.*

---

(1) *In honorem matrimonii turpis actio* (furti) *negatur* — 1, 2, D., *de act. rer. amot.* (XXV, 2). Il coniuge derubato avea la semplice *vindicatio*; quando poi si rubò per considerazione di un divorzio non lontano, poi che questo era avvenuto, il derubato sperimentava l'*actio rerum amotarum*. L. 52, D. *de furt.* e tit. Dig. *de actione rer. amot.* (XXV, 2). Cod. *rer. amot.* (V, 21). Vedi Rein, *Das Criminalrecht der Romer* etc. p. 313. — *Il Trad.*

§. 165.

Della Dos in particolare.

Dig. lib. XXIII, tit. 3, de iure dotium. tit. 5, de fundo dotali — Dig. lib. XXIV, tit. 3, soluto matrimonio dos quemadmodum petatur. — Cod. lib. V, tit. 12, de iure dotium. tit. 13, de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa, et de natura dotibus praestita. tit. 18, soluto matrimonio dos quemadmodum petatur, tit. 23, de fundo dotali.

La dote, *dos*, *res uxoria*, è quel fondo o capitale che si dà od assicurasi al marito dalla moglie, od almeno da altri, ma sempre però in considerazione della stessa ed in suo nome, a cagione del matrimonio, *ad matrimonii onera ferenda*. La circostanza, che qui anche un terzo può costituire una *dos* per la donna, rendea possibile la esistenza di una *dos* anche in quel matrimonio, in cui la donna essendo venuta nella *manus* del marito non era pensabile una costituzione di dote da parte di lei stessa.

Ogni dote presuppone sempre, perchè esista, essenzialmente i *matrimonii onera*, e quindi un matrimonio valido ; in conseguenza esiste come *dos* dacchè vi sia matrimonio conchiuso, e dura quanto esso. Come quella che tende a giovar meglio lo scopo di esso, gode in generale moltiplici favori di legge. Tuttavia la costituzione della dote non è mica condizione necessaria per la validità di un matrimonio ; ma dipende piuttosto da convenzioni speciali, e da altre circostanze accidentarie. V' ha pertanto certe persone, cui le leggi obbligano a costituire una dote convenevole per quanto lo comportino le loro facoltà. Fra queste, in parte già dal tempo della *lex Papia Poppaea*, e più generalmente per virtù di alcune costituzioni imperiali, è segnatamente da noverare il padre o l' avo legittimo della donna che vien impalmata, figlia o nipote che sia, e trovisi o no nella *patria potestas*. Egli è qui da vedere una naturale conseguenza della circostanza, che il *parens* pel matrimonio di sua figlia o nipote trasmette al marito l' obbligo che egli avea di alimentarla. A tal effetto ei deve dare al marito un sussidio nella forma di una *dos*. Di regola generale, la madre non è tenuta a dotare ; ma solo in alcuni casi eccezionali e ben rari, dal tempo di Diocleziano e Massimiano, se pur non siano d' origine anche più antica. Inoltre, sebbene la generale natura della dote resti la stessa senza guardare a chi l' abbia costituita, se la stessa moglie, se suo padre o qualsivoglia terza persona, pure, sotto un altro rapporto, è importante la divisione della dos in *profecticia* e *adventicia*, della quale ultima solo la *recepticia* è una specie sottordinata.

Nulla rileva, per sì fatta generale nozione della dote, se la si costituisca al momento che si contrae il matrimonio,o prima o dopo di esso ; non importa nemmeno se la *constitutio dotis* facciasi con atti *inter vivos*, o *mortis causa* con disposizione testamentaria. Al primo modo

appartiene la *datio dotis*, il pronto trasferimento delle cose dotali nella proprietà, od almeno nel patrimonio del marito; inoltre la *promissio dotis*, la sua costituzione mediante stipulazione, e finalmente la *dictio* (*pollicitatio*) *dotis* (1). Non monta neppure se sia più o men grande, e si componga di cose quali che siano. Solo si noti che tutte queste circostanze possono, per altri rispetti, divenire importanti, parte per risolvere le quistioni peculiari concernenti la valutazione del rapporto giuridico che ne deriva dnrante il matrimonio, parte e in ispecialità per quando lo si scioglie e si quistioni circa il modo da restituirsi la dote, dal marito, o da'suoi eredi, e la persona cui la si deve rendere.

Secondo il punto da cui muove il dritto romano, egli è conforme all'essenza della dote, ch' essa (a malgrado della sua immediata o mediata provvenienza per parte della donna, e non ostante che per rispetto alla destinazione interessi medesimamente ancor lei), per sin che dura il matrimonio, passi nella proprietà, od almeno quando ciò non sia possibile per la qualità delle cose dotali, nel patrimonio del marito. *In bonis mariti est, quamvis mulieris sit, res uxoria*. Per lo che egli esercita su i beni dotali tutt' i dritti di un proprietario e senza che vi concorra la moglie. La quale, ancor quando la *dos* fosse venuta direttamente da lei, non può mica, prima che si sciolga il matrimonio, pretenderne la restituzione, non che l' amministrazione, tranne se il marito venne in ruina ed ammiserò. Anzi, ancorchè ei voglia, non può mai, da qualche scarsa eccezione in fuori, restituir la dote alla moglie prima di tal tempo, sendochè ciò parrebbe una donazione proibita tra i coniugi. Per contro, il dritto che appartiene al marito come proprietario e come amministratore è notevolmente limitato, parte mediatamente per cagione dello scopo cui vien destinata la dote, *ad matrimonii onera ferenda*, parte immediatamente dal divieto introdotto dalla *lex Julia de adulteriis* di vendere il *fundus dotalis italicus* dissenziente la moglie. Non potea darlo in pegno neppure col suo consenso. Cotal divieto di vendere fu esteso sotto più aspetti da Giustiniano, segnatamente per tutti gl' immobili dotali ovnnque siti. Ei volle che fosse assolutamente inefficace la vendita del *fundus dotalis* fatta dal marito, non soltanto la ipoteca di esso, ancorchè nel singolo caso vi sia concorso il consenso speciale della moglie.

Adunqne, se la dote, durante il matrimonio, fa sempre parte del patrimonio del marito, dall' idea e dallo scopo di essa, ch' è quello di alleviare i comuni carichi del matrimonio, consegue che i dritti ch'egli ha sulla stessa finir debbano al finir del matrimonio medesimo. Vero è ch' essa non ritorna da per sè, al cessar del matrimonio, nella proprietà della moglie, o di chi dotò lei ; ma il marito od i suoi eredi sono tenuti di restituirla, essendone già finito lo scopo. Questa restituzione vien fatta, di regola, alla donna od a' suoi eredi ; per eccezione come *profecticia dos* al padre della donna da cui essa provvenne, o nel caso di *recepticia dos*, al terzo che nel costituirla abbia

(1) V. sopra il §. 151.

espressamente stipulata per sè la riversione, la *receptio dotis*. Se debbasi poi dal marito restituire le medesime cose ricevnte, od il loro valore, vuolsi ciò far dipendere parte dalla qnalità di esse, e,quando non più esistano, dalla causa della loro distruzione, parte da' patti che già pria, nella costituzion della *dos*, si fossero stipulati intorno a questo. Per la sicnrtà poi dovuta alla donna a fin ch' ella possa quando che sia riavere le sue doti, resta a lei ipotecato tacitamente tutto il patrimonio del marito, non escluse le stesse sue cose dotali come parte de' beni di lni, per sin che dnra il matrimonio; e, ch' è più, questa legale ipoteca è ancora così particolarmente privilegiata nel nuovissimo dritto romano, che la moglie vien con prelazione satisfatta pria di tutti gli altri creditori del marito ancorchè avessero ipoteche privilegiate.

Di regola generale, l' azione, con la qnale *soluto matrimonio* si domandava la dote, era, prima di Giustiniano, la *rei uxoriae actio;* per eccezion poi, quando la sua restituzione si fosse promessa con istipulazione, la *ex stipulato actio;* quella *bonae fidei;* questa *stricti iuris:* entrambe distinte tra sè per più rispetti. Ma Giustiniano, almeno in pro della donna e del padre di lei, contemperò e confuse insieme queste due azioni, per guisa che l' *actio ex stipulatu* dovesse sempre aver luogo, anche quando non si fosse nulla cosa stipulata intorno alla restituzione; in somma, fingesi, a un bisogno, che tale stipulazione siasi fatta. Provvide altresì che questa *actio ex stipulatu*, di nuova creazione, non andasse scompagnata da tutt' i vantaggi dell'*actio rei uxoriae;* onde era ancor essa *bonae fidei*, in opposizione dell' indole ordinaria dell'azione nascente dalla stipulazione. Quanto al terzo, l'azione, per la restituzione della *recepticia dos* da lui costitnita, è, per contrario, rimasta la stessa, cioè, l'*actio ex stipulatu*.

Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt. Neque enim dos sine matrimonio esse potest. Ubicunque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est. ULPIAN., fr. 3, D., XXIII, 3, *de iure dot.*

Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt. PAUL., fr. 56, §. 1, D., eod.

Reipublicae interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt. PAUL., fr. 2, D., eod.

Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur. Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est, et debitor mulieris, si iussu eius dicat, institutus, parens mulieris virilis sexus, per virilem sexum cognatione iunctus, velut pater, avus paternus. Dare, promittere dotem omnes possunt.

Dos aut profecticia dicitur, id est, quam pater mulieris dedit; aut adventicia, id est ea, quae a quovis alio data est. ULPIAN., fr. tit. VI, §. 1-3.

Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profectitiam nihilominus dotem esse, nemini dubium est; quia non ius potestatis, sed parentis nomen dotem profectitiam facit; sed ita demum, si ut parens dederit. Caeterum si, quum deberet filiae, voluntate eius dedit, adventitia est. ULPIAN., fr. 5, §. 11, D., XXIII, 3, *de iure dot.*

Neque enim leges incognitae sunt, quibus cautum est, omnino paternum esse officium, dotes, vel ante nuptias donationes pro sua dare progenie. IUSTINIANUS, c. 7, C., V, 11, *de dot. promiss.*

Mater pro filia dotem dare non cogitur, nisi ex magna et probabili causa,

vel lege specialiter expressa, pater autem de bonis uxoris suae invitae nullam dandi habet facultatem. Dioclet. et Maxim., c. 14, C., V, 12, *de iure dot.*

Si res in dotem dentur, puto, in bonis mariti fieri. Paul., fr. 7, §. 3, D., XXIII, 3, *de iure dot.*

Accidit aliquando, ut, qui dominus sit, alienare non possit, et contra, qui dominus non sit, alienandae rei potestatem habeat. Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, dotis causa ei datum. Quod nos legem Iuliam corrigentes, in meliorem statum deduximus. Quum enim lex in solis tantummodo rebus locum habebat, quae italicae fuerant, et alienationes inhibebat, quae invita muliere fiebant, hypothecas autem earum rerum, etiam volente ea, utrique remedium imposuimus, ut et in eas res quae in provinciali solo positae sunt, interdicta sit alienatio vel obligatio, et neutrum eorum, neque consentientibus mulieribus, procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiae earum converteretur. Pr., Inst. II, 8, *Quibus alienare licet, vel non.*

Soluto matrimonio solvi mulieri dos debet. Ulpian., fr. 2, D., XXIV, 3, *soluto matrim.*

Iure succursum est patri, ut, filia amissa, solatii loco cederet, si redderetnr ei dos ab ipso profecta, ne et filiae amissae, et pecuniae damnum sentiret. Alexand., c. 4, C.. V, 18, *soluto matrim.*

Quoties res aestimatae in dotem dantur, maritus dominium consecutus summae, velut pretii debitor efficietur. Si itaque non convenit, ut soluto matrimonio restituerentur, et inre aestimatae sunt, retinebit eas, si pecuniam tibi offerat. Idem, c. 5, C., V, 12, *de iure dot.*

Res in dotem datae, quae pondere, numero, mensura constant, mariti periculo sunt, quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat et quandoque, soluto matrimonio, eiusdem generis et qualitatis alias restituat, vel ipse, vel heres eius. Gai., fr. 42, D., XXIII, 3, *de iure dot.*

In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum, quam culpam, quia causa sua dotem accipit; sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet. Paul., fr. 17, pr., D., eod.

Fuerat antea et rei uxoriae actio una ex bonae fidei iudiciis. Sed, qnnm pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne ius, quod res uxoria ante habebat, cum multis divisionibus, in ex stipulatu actionem, quae de dotibus exigendis proponitur, transtulimus, merito, rei uxoriae actione sublata, ex stipulatu, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sit. Sed et tacitam ei dedimus hypothecam; praeferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, quum ipsa mulier de dote sua experiatur, cuius solius providentia hoc induximus. §. 29, Inst., IV, 6, *de action.*

§. 166.

Della propter nuptias donatio.

Cod. lib. V, tit. 3, de donatione ante nuptias, vel propter nuptias.

Non solo potevasi prima del matrimonio donare dal fidanzato una qualche cosa alla sua donna, perchè non peranco era sua moglie, ma pur solitamente faceansi de'doni al tempo della celebrazione delle nozze. Essi dicevansi *arrha sponsalicia*, *donatio ante nuptias*. Se poi il matrimonio già stabilito effettivamente seguiva, la donna conservava insiem con gli altri suoi beni ancor quelli che le si fossero donati prima di accasarsi.

In un modo alquanto singolare da Giustino, e più compiutamente da Giustiniano, a questa istituzione dell' *ante nuptias donatio*, che ei rinvennero stabilita, fu fatta seguire un' altra al tutto diversa e solo da essi imaginata col nome di *propter nuptias donatio*. Secondo costoro, il marito o quegli che l' ha in *potestas*, può, anzi deve in certi casi quando fu data una dote, costituire alla moglie un patrimonio anche eguale a quello che s' ebbe a dote; il quale fosse come a dire un riscontro o contraccambio della sua dote, *antipherna*. Questo patrimonio ha una destinazione simile a quella della dote; è rivolto specialmente al fine di dar con esso alla moglie ed a' figli uno schermo contro ogni disastro temibile quando desse in fondo la fortuna del marito. Ha benanco un altro scopo importante, quello, cioè, di assicurare alla moglie, per il caso di un divorzio addebitabile al marito, un patrimonio che ricada a lei insieme con la *dos* dopo lo scioglimento del matrimonio. Intanto la *propter nuptias donatio*, durante il matrimonio, forma un cespite della moglie derivante dal marito; al modo stesso che la *dos* è un cespite di costui derivante da lei; pure vuolsi fare una importante distinzione, ed è, che la *propter nuptias donatio* non perviene nelle mani della moglie, ma in quelle del marito, che pur l'amministra durante il matrimonio. In certi casi, però, forza è che dal marito gliela si rilasci; segnatamente pnr dnrante il matrimonio, quando sia rifinita la sua fortuna, o formalmente s' apra un concorso tra i creditori di lui; ovvero dopo che il matrimonio siasi sciolto per divorzio allorchè il marito con la sua mala condotta fn cagione di farlo seguire. Con tutte queste legali disposizioni del nuovissimo dritto romano corrisponde finalmente anche il nome. Poichè siccome la costituzione di cotesti *antipherna*, di pari che quella della stessa *dos*, non forma alcuna vera *donatio*, e per ciò appunto possono e devono essere costituiti non solo prima del matrimonio, ma anche al tempo della sua conchiusione e dopo, Giustiniano ordinò che non più fossero dinotati col nome già divenuto disacconcio di *ante nuptias donatio*, ma sì con quello di *propter nuptias donatio*.

Si a sponso rebus sponsae donatis, interveniente osculo, ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere praecipimus, dimidiam ad defuncti, vel defunctae heredes, cuiuslibet gradus sint, et quocunque inre successerint, ut donatio stare pro parte media, et solvi pro parte media videatur; osculo vero non interveniente, sive sponsus, sive sponsa obierit, totam infirmari donationem, et donatori sponso, vel heredibus eius restitui. Quod si sponsa, interveniente vel non interveniente osculo, donationis titulo, quod raro accidit, fuerit aliquid sponso largita, et ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, omni donatione infirmata, ad donatricem sponsam, sive eius successores donatarum rerum dominium transferatur. Constantin., c. 16, C., V, 3, *de donationibus ante nuptias*.

Est et aliud genus inter vivos donationum, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea antem a iunioribus divis principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur, et tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset, quum matrimonium fuerit insecutum; ideoque ante nuptias ap-

pellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur, et nunquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem divus Iustinus, pater noster, quum augeri dotes et post nuptias fuerat permissum, si quid tale evenlret, etiam ante nuptias donationem augeri et constante matrimonio sua constitutione permisit. Sed tamen nomen inconveniens remanebat, quum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos, plenissimo fini tradere sanctiones cupientes, et consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus, ut tales donationes non augeantur tantum, sed et constante matrimonio initium accipiant, et non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur, et dotibus in hoc exaequentur, ut, quemadmodum dotes et constante matrimonio non solum augentur, sed etiam fiunt, ita et istae donationes, quae propter nuptias introductae sunt, non solum antecedant matrimonium, sed etiam eo contracto augeantur et constituantur. §. 3, Inst., II, 7, *de donationibus*.

§. 167.

Delle convenzioni matrimoniali.

Dig. lib. XXIII, tit. 4, de pactis dotalibus. Cod. lib. V, tit. 14, de pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis.

Gli sposi possono prima, durante, ed ancor dopo la conchiusione del matrimonio stabilire a lor talento il modo onde verranno regolati i loro rapporti matrimoniali, in ispecialità le relazioni economiche, così per la durata del matrimonio, come pel tempo che vien dopo la sua cessazione; fermare in tal guisa i *pacta nuptialia*. Spesso vengono ancor detti *pacta dotalia*, come quelli che per lo più concernono la dote e la *donatio propter nuptias*, da assegnarsi alla donna per cagion della dote medesima. Ma spesso coteste convenzioni racchiudono altresì de' patti circa i *bona paraphernalia* o *recepticia* della moglie, cioè dire sul patrimonio che ha costei oltre la sua dote. Questi ultimi non vengono veramente in potere del marito, ma piuttosto appartengono esclusivamente alla moglie, nè hanno in generale un rapporto diretto col matrimonio; ma ella può, quando così vuole, dargliene l'amministrazione con isvariate modalità.

In ogni caso cotesti patti nuziali non devono contenere alcuna cosa che contraddica a'buoni costumi ed allo scopo essenziale del matrimonio.

Hac lege decernimus, ut vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas graeci *parapherna* dicunt, nullam uxore prohibente habeat communionem, nec aliquam ei necessitatem imponat. Quamvis enim bonum erat, mulierem, quae se ipsam marito committit, res etiam eiusdem pati arbitrio gubernari; attamen, quoniam conditores legum aequitatis convenit esse fautores, nullo modo, ut dictum est, muliere prohibente, virum in parafernis se volumus immiscere. Theodos. et Valentin., c. 8, C., V, 14, *de pactis conventis tam super dote, caet.*

Illud conveniri non potest, ne de moribus agatur, vel plus, vel minus exigatur, ne pubblica coercitio privata pactione tollatur. Ac ne illa quidem pacta servanda sunt, ne ob res donatas, vel amotas ageretur, quia altero pacto ad furandum mulieres invitantur, altero ius civile impugnatur. Paul., fr. 5, D., XXIII. 4, *de pactis dotalibus*.

§. 168.

Dello scioglimento del matrimonio e del divorzio in particolare.

Dig. lib. XXIV, tit. 2, de divortiis et repudiis.—Cod. lib. V, tit. 17, de repudiis et iudicio de moribus sublato.

Spesso un matrimonio si scioglie da sè *ipso iure*, in tutto indipendentemente da una speciale dichiarazione di volontà de'coniugi, sia perchè muore uno di essi, sia perchè cessa il *connubium* che dapprima esisteva.

Ma pur vivendo ambo i coniugi, e ancor persistendo il connubio, il matrimonio può cessare mediante il divorzio, *divortium*, *repudium*, cioè dire, per mezzo di rinuncia scambievole od unilaterale dei coniugi medesimi.

In ogni tempo il divorzio appo i Romani non solo fu possibile, ma anche rimesso alla loro piena libertà. Perocchè, in conformità dello stesso principio, che la conchiusione del matrimonio dipende soltanto dalla esistenza della *coniugalis affectio*, dalla durata di questa dipendea eziandio la durata del matrimonio. Quindi il dritto a divorziare competeva ad ambo i coniugi; potevasi buonamente volerlo d'accordo, o chiedere dall'uno contra il desiderio dell'altro (1). Sino a qual punto nel matrimonio, in cui la moglie fosse venuta *in manum mariti*, costui avesse pel divorzio un dritto più fermo che non era quello di lei, storicamente non è chiaro del tutto. Solo è ben certo che anche in tal caso, sotto certe circostanze, potea la moglie da sè riuscire ad ottenere il divorzio. Non c'era poi bisogno di una forma speciale per giungersi ad un divorzio effettivo. Solo più tardi, verosimilmente per mezzo della *lex Iulia de adulteriis*, fu prescritto che il divorzio dovesse, da colui che lo dimanda, notificarsi all'altro coniuge per mezzo di un suo liberto, in presenza di sette cittadini romani maschi, puberi, siccome testimoni. Poscia, da'tempi di Diocleziano, la forma consistette nella missione di una scritta significante la volontà di divorziare. Ma ciò non era che una semplice forma privata, avente piuttosto lo scopo di accertare il fatto del seguito divorzio, a cagion de' tanti effetti giuridici che vi si collegavano (2). L'autorità dello Stato avea nel divorzio da concorrere tanto poco, quanto nella conchiusione del matrimonio. I figli legittimi, però, quando vogliono con efficacia divorziare, han bisogno del consenso del loro *parens*, mentre il primitivo ed assoluto suo dritto, in tutto arbitrario, di far divorziare i suoi figli,

---

(1) Haec (uxor) autem repudio misso *virum* proinde compellere potest atque si ei nunquam nupta fuisset. Gaius, Inst., I, 137. — *Il Trad.*

(2) Che un matrimonio conchiuso con la *confarreatio* potesse sciogliersi per una contraria forma religiosa, corrispondente alla *confarreatio*, con la *diffarreatio*, dichiarasi molto naturalmente co' peculiari fini religiosi de' matrimoni confarreati. — *Il Trad.*

senza interrogarneli, è cessato più tardi. Nel rimanente non era il divorzio soggetto a verun legale impedimento, ma refrenato soltanto dal senso morale degli interessati, e da un tal quale pudore innanzi alla pubblica opinione (1).

Pur nondimeno per lungo tempo non fu abusata la facoltà del divorziare. Abuso si vide quando in su la fine della repubblica e nel principio dell'impero la dissolutezza de'costumi erasi fatta stragrande per tutta Roma; allora si sentì l' nopo di rendere, almeno per modo indiretto, più difficile il divorzio per opra della legislazione. Pure questa non v'influì direttamente mediante il divieto di certi divorzi. Essa lasciò piuttosto continuare il divorzio rimettendolo unicamente nel libero arbitrio de'coniugi, e si contentò di statuir certe pene che, dietro un *iudicium morum* da doversi fare, colpivano colui che lo avesse causato per la sua trista condotta. Ma eran esse non altro che semplici pregiudizi patrimoniali non molto importanti in generale; e più gravi per la moglie, che pel marito. Costei, difatti, perdeva, quando il divorzio seguiva a cagion del suo adulterio, *morum graviorum nomine*, un sesto della sua dote; quando era il caso di minor colpa, *morum leviorum nomine*, l'ottavo. Sol quando v'eran de'figli nati dal matrimonio, ne restava al marito, pel meglio di cotestoro, un sesto per ogni figlio, ma però non si potea mai ridurre la dote oltre la sua metà. *Retentiones ex dote. Retentiones propter liberos.*

Il marito, quando avea dato motivo al divorzio, pativa questo danno, cioè che egli, dopo sciolto il matrimonio, dovea restituire la dote già ricevuta od all' istante, od almeno pria che decorresse il termine conceduto per legge, perdendo eziandio ogni utile che nel frattempo n' avrebbe avuto. Quando poi la *liberta* divorziava di sua propria volontà dal suo patrono, non poteva disposarsi ad altri sino a che egli non avesse dal suo canto approvato quel divorzio. Intanto poichè questi provvedimenti del *iudicium morum* si riconobbero insufficienti con l' esperienza, gl' imperatori venuti dappoi, Costantino e Giustiniano, li tolsero via, e vi sostituirono nuove pene e non poco severe. Con esse vien minacciato quel coniuge, che per la sua mala condotta abbia dato giusto motivo all' altro di chiedere il divorzio, o che siasi di suo proprio volere divorziato senza ragioni riconosciute dalla legge. Le pene stesse erano, secondo le circostanze, diverse, ma sempre consistenti in danni patrimoniali, e veramente più eguali pe' due coniugi colpevoli, cioè di regola la moglie perdeva la dote, il marito la *pro-*

(1) Anche nel 3° periodo fu riconosciuto il principio del libero divorzio; il patto stipulato *ne liceat divertere* era nullo. L. 19, 134, in f D. de V. O. (XLV, 1), L. 2, C., de inut. stip. (VIII, 39) *libera matrimonia esse antiquitus placuit, ideoque pacta ne liceret divertere non valere constat*. La legge Giulia e Papia non concesse questo dritto alla liberta che si fosse disposata al suo patrono: tuttavia i giuristi dicevano: *constare matrimonium dicere non possumus, cum sit separatum*. Il matrimonio era considerato sussistente solo per rispetto e contro alla liberta; per sino che il padron vuole che ella gli sia moglie, *cum nullo alio connubium ei est*. Dig. L. 11, de div. (XXIV, 2). — *Il Trad.*

pter nuptias donatio, tutte cose che guadagnavansi dal coniuge innocente, o da' figli nati dal matrimonio: per entrambi poi v' era la perdita di un quarto di tutto il patrimonio quando non si fosse costituita alcuna dote, nè fatta veruna *propter nuptias donatio*. Pene patrimoniali ancor più severe colpivano i due coniugi, che si fossero divorziati d' accordo, *consensu*, senza motivi che legalmente li giustificasse. Spesso ancora s' infliggevano a' rei gravissime pene criminali.

Pure in ogni caso la conclusione finale si è questa, che il principio fondamentale, di poter cioè ogni coniuge con piena efficacia sciogliere il matrimonio per mezzo del divorzio, restò saldo; solo dovea soggiacere a' danni che per legge ne provveniano.

Libera matrimonia esse, *antiquitus placuit*. Ideoque pacta, ne liceat divertere, non valere, constat. ALEXAND., in const. 2, Cod. VIII, 39, *inutil. stip.*

Retentiones ex dote fiunt, aut propter liberos, aut propter mores..... Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris, aut patris, cuius in potestate est, divortium factum sit. Tunc enim singulorum liberorum nomine sextae retinentur ex dote; non plures tamen, quam tres... Morum nomine, graviorum quidem sextae retinentur; leviorum autem octava. Graviores mores sunt adulteria tantum, leviores omnes reliqui. Mariti mores puniuntur in ea quidem dote, quae annua die reddi debet, ita ut propter maiores mores praesentem dotem reddat, propter minores senum mensium die. In ea autem quae praesens reddi solet, tantum ex fructibus iubetur reddere, quantum in illa dote, quae triennio redditur, repraesentatio facit. ULPIAN., fr., tit. VI, §. 9, 10, 12 et 13.

Nullum divortium ratum est, nisi septem civibus romanis puberibus adhibitis, praeter libertum eius, qui divortium faciet. PAULUS, fr. 9, D., XXIV, 2, *De divortiis*.

In repudiis autem, id est renunciatione comprobata sunt haec verba: *tuas res tibi habeto*; item haec: *tuas res tibi agito*. GAI., fr. 2, §. 1, D., eod.

Si quis filiam suam, quae mihi nupta sit, velit abducere, vel exhiberi sibi desideret, an adversus interdictum exceptio danda sit, si forte pater concordans matrimonium forte et liberis subnixum velit dissolvere? Et certo iure utimur, ne bene concordantia matrimonia iure patriae potestatis turbentur. ULPIAN., in fr. 1, §. 5, D., XLIII, 30, *de lib. exhib.*

§. 169.

Del secondo matrimonio.

Cod. lib. V, tit. 9, de secundis nuptiis, tit. 10, si secundo nupserit mulier.

Il dritto romano permise in ogni tempo, non ostante l' indole strettamente monogamica del matrimonio, di contrarne un secondo o susseguente, risoluto già il primo. Intanto si estimavà sempre più convenevole, almeno per la donna, il non rimaritarsi (1). In ogni caso ella doveva, sciolto il matrimonio, non aspettare più oltre che quanto è lungo lo spazio di un anno, detto l' anno di lutto, prima di contrar-

(1) *Quae uno contentae matrimonio fuerant, corona pudicitiae honorabantur*. VAL. MAXIM., lib. 2, cap. 1, 3. — *Il Trad.*

re un secondo, temibile non poco per le sue conseguenze possibilmente nocevoli alla sicurtà de' rapporti di famiglia ; volevasi così scansare la *turbatio sanguinis*. Altrimenti si esponeva all' *infamia*, ed a perdite pecuniarie di non lieve momento. Infine, quando viveano de'figli del primo matrimonio, le seconde nozze, anche quelle del padre, non erano in generale favorite per un tal quale riguardo ad essi dovuto. Da ciò si spiega la successiva introduzione delle *poenae secundarum nuptiarum*, nome che ancora oggidì vien dato a' danni pecuniari, cui le leggi per lo più a pro de' figli del primo matrimonio infliggono a colui che si rimarita, secondo le circostanze, talvolta all'uomo, tal'altra alla donna, ora soltanto a quest' ultima.

Etsi talis sit maritus, quem more maiorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari. Praetor enim ad id tempus se retulit, quo vir elugeretur; qui solet elugeri propter turbationem sanguinis. Pomponius eam, quae intra legitimum tempus partum ediderit, putat statim posse se nuptiis collocare ; quod verum puto. Ulpian., fr. 11, §. 1 et 2, D., III, 2, *de his qui notantur infamia*.

Uxores viri lugere non compellentur. Paul., fr. 9, D., eod.

Si qua mulier nequaquam luctus religionem priori viro nuptiarum festinatione praestiterit, ex iure quidem novissimo sit infamis ; praeterea secundo viro ultra tertiam partem bonorum in dotem non det, neque ei ex testamento plus quam tertiam partem relinquat. Omnium praeterea hereditatum, legatorum, fideicommissorum, suprema voluntate relictorum mortis causa donationum sit expers.

Eamdem quoque mulierem, infamem redditam, hereditates ab intestato, vel legitimas, vel honorarias, non ultra tertium gradum sinimus vindicare. Grat. Val. et Theodos., c. 1, C., V, 9, *de secundis nuptiis*.

§. 170.

Del Celibato.

Il celibato, quando, attesa l' età, un matrimonio è o sembra conveniente, in niun tempo fu tenuto per laudabile ed onesto ; anzi anticamente là dove paresse volontario in un uomo, s' incorrea non di rado in pene censorie. Ma soltanto la *lex Julia et Papia Poppaea*, sotto Augusto, minacciò pene speciali contra i *coelibes* dell' uno e dell'altro sesso, consistenti in perdite di utili pecuniari a profitto dell' erario. Il celibe non acquista ciò che gli si lasci in un testamento quando non si ammoglia infra lo spazio di cento giorni. Però ben si definisce l'età, e fino a qual anno, a questo riflesso, vuolsi alcuno riguardare come *coelebs* a'sensi di legge. La occasione a siffatta minaccia del celibato vuolsi vedere parte nella dissolutezza de'costumi già tanto prorotta dalla fine della *libera respublica* nello Stato romano così rispetto all'uomo, come alla donna, parte eziandio nell' intendimento di rifornire il pubblico tesoro. Costantino ed i suoi figli abolirono queste pene del *coelibatus* (V. nel *dritto di successione la teoria della caducità*).

CAPITOLO SECONDO.

TEORIA DE' RAPPORTI TRA ASCENDENTI E DISCENDENTI, E DELLA PATRIA POTESTA' IN PARTICOLARE.

§. 171.

De' rapporti generali tra i genitori ed i figli.

Dig. lib. XXV, tit. 3, de agnoscendis et alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis. Dig. lib. XXV, tit. 4. de inspiciendo ventre custodiendoque partu. Dig. lib. XXXVII, tit. 15, de obsequio parentibus et patronis praestando.

I Romani riconoscono eziandio quel rapporto giuridico natnrale tra i genitori ed i figli già fondato nel *ius gentium*, e ch' è cònsono co' bisogni dell' educazione e con certi altri scopi, in parte morali, della vita della famiglia.

Ora perchè cotesto rapporto si attui, solo una cosa è necessaria, la *certezza* del legame che unisce i genitori a' loro figli. La madre di un figlio è, in tutte le circostanze, quella donna che lo ha partorito, e questo fatto non permette che giuridicamente se ne dubiti. *Mater semper certa est.* Quindi non solamente i figliuoli nati durante il matrimonio, *legitimi*, ma anche gli altri, *illegitimi*, hanno giuridicamente una madre e parenti materni, e così si forma a una stessa guisa il rapporto giuridico rispetto ad entrambi. All'incontro, per una conseguenza tratta a filo di logica dal modo con che i romani considerano la cosa, eguale certezza giuridica di filiazione, rispetto al padre, non esiste se non quando al tempo del suo concepimento egli convivea colla madre del figliuolo in nn matrimonio giuridicamente valido, talchè questo figliuolo comparisce perciò nato di questo sno matrimonio. *Pater est, quem nuptiae demonstrant.* Cotesta presunzione legale di paternità così rigorosamente statuita, vien del resto con più che savia dirittura confortata e favorita nel dritto romano da certe altre presunzioni aventi esatta connessione con essa. Le quali presunzioni riguardano la circostanza spesso dubbia, se al tempo del concepimento la madre vivesse ovver non in un matrimonio giuridicamente valido. Così il figlio viene considerato come legittimo quando non sia nato pria di sei mesi dopo la celebrazione del matrimonio, e non più tardi di dieci dal suo scioglimento (1).

(1) Questo è il vero significato della regola; *Pater is est quem nuptiae demonstrant.* L' aggiungere la qualifica di *iustae* è un errore. Il matrimonio esistito per un certo tempo costituisce il fatto della paternità, sicchè gli è indifferente se le *nuptiae* sieno o no *iustae*. Così il cittadino romano, che avesse sposata una *peregrina*, si considerava come vero padre de' figli nati da tal matrimonio. Sol quando il matrimonio era nullo, per es. nel caso di un incesto, i figli non aveano padre. §. 12, Inst., *de nupt.* (1, 10). Quando poi il matrimonio era nel tempo stes-

I figli nati fuori del matrimonio non hanno giuridicamente nè padre, nè parenti paterni. Le controversie concernenti tali rapporti di famiglia devono spesso venir diffinite giudiziariamente per mezzo di un *praeiudicium*. Al qual fine, i figli, per essere legalmente riconosciuti, sono autorati a sperimentare contro i genitori un' *actio de liberis agnoscendis et alendis*, e sovratutto l' *actio de partu agnoscendo* contro il padre. Si è inoltre curato di statuire per legge svariati provvedimenti affinchè al marito, sovratutto dopo il seguito divorzio, non fossero facilmente attribuiti figliuoli d' altri, o soppressi e sottratti i veri e proprî di lui. Al che mirò segnatamente il *Senatusconsultum Plancianum*, di un' età anteriore a quella di Adriano, statuendo che quando la moglie credesi incinta al tempo del divorzio, deva significarlo al marito infra trenta giorni seguenti a quello del detto divorzio. In tal caso il marito può o formalmente contraddire, o mandarle i *custodes partus*. Per contrario, ei può, quando crede che la moglie divorziata neghi a torto di esser pregna, far eseguire un' ispezione su di essa a tale scopo, e, trovandosi incinta, inviar da lei i *custodes partus*. Coteste disposizioni del senatoconsulto Planciano vennero per sicurezza degli eredi del marito estese dall' editto pretorio anche nel caso in cui il matrimonio si fosse sciolto per la morte di lui.

La efficacia ed importanza di questo rapporto di dritto tra gli ascendenti e i discendenti, poi che fu legalmente riconosciuto, si manifesta non pur nel dritto e nel dovere di nutrire e di educare i figliuoli, ma in certi altri effetti che permangono e perdurano oltre agli anni dell' educazione, come parve a' Romani richiedesse lo scopo morale della vita di famiglia, non meno che il giuridico carattere di cosiffatto rapporto. Tali sono segnatamente con le loro svariate conseguenze, l' *obsequium* e la *reverentia*, che i figli devono avere in ogni tempo verso i genitori. Tali pur sono certi dritti reciproci di successione ab intestato tra i genitori e i loro figliuoli, di che opportunamente discorreremo nel dritto successorio.

Semper certa est (mater), etiamsi vulgo conceperit; pater vero is est, quem nuptiae demonstrant. Paul., fr. 5, D., II, 4, *de in ius vocando*.

Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur. Sed si fingamus, abfuisse maritum, verbi gratia, per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Iulianus ait eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet, maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente, vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse. Ulpian., fr. 6, D. I, 6, *de his, qui sui vel alieni iuris sunt*.

Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis. Et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nu-

---

so anche civile, produceva un effetto più che importante, qual era quello di far cadere i figliuoli sotto la potestà patria. V. Savigny — *System.*, vol. 2, Beylage III, p. 389. — *Il Trad.*

ptils septimo mense natus est, iustum filium esse. PAUL., fr. 12, D., I, 5, *de statu hominum*.

Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem. ULPIAN., fr. 3, §. 11, D., XXXVIII, 16, *de suis et legitim. hered.*

Ii, qui ex eo (illicito) coitu nascuntur, in potestate patris non sunt; sed tales sunt, quantum ad patriam potestatem pertinet, quales sunt ii, quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur, quum his etiam pater incertus est. Unde solent filii spurii appellari, *πάρα τὴν σποραν*, id est a satione, et *ἀπατορες*, quasi sine patre filii. §. 12, Inst., I, 10, *de nuptiis*.

Si vel parens neget filium, ideircoque alere se non debere contendat, vel filius neget parentem, summatim iudices oportet de ea re cognoscere. Si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali iubebunt; caeterum si non constiterit, nec decernent alimenta. ULPIANUS, fr. 5, §. 8, D., XXV, 3, *de agnoscendis et alendis liberis*.

Pietatem liberi parentibus... debent. TRYPHONINUS, fr. 10, D., XXXVII, 15, *de obsequiis parentibus et patronis praestandis*.

Sed nec famosae actiones adversus eos dantur, nec hae quidem, quae doli, vel fraudis habent mentionem. ULPIAN., fr. 5, §. 1, D., eod.

§. 172,

Della mancanza della prole, o dell' orbitas.

Parve sempre e fu estimato onorevole e cittadinesco nello Stato romano l'aver figli legittimi. Anzi, dal tempo della *lex Iulia et Papia Poppeia*, pel concepimento o per la nascita di un determinato numero di figli legittimi si conseguivano pe' genitori diversi privilegi come premi, *iura liberorum*. Segnatamente sotto più rapporti era molto utile alle donne l'avere almeno tre figli se *ingenuae*, e quattro per lo meno se *libertinae*, il *ius trium vel quatuor liberorum*. All'incontro, questa medesima *lex Iulia* comminò per gli ammogliati, quando fossero *orbi*, privi cioè di figli legittimi, certe pene pecuniarie non lievi, le quali *paenae orbitatis* furono, del resto, da Costantino e da' suoi figli abolite (1).

§. 173.

Della patria potestà.

GAI. *Comm. lib.* I, §. 56, *sq. Inst. lib.* I, *tit.* 9, *de patria potestate — Dig. lib.* I, *tit.* 6, *de his, qui sui vel alieni iuris sunt — Cod. lib. VIII, tit.* 47, *de patria potestate.*

Di presso a questo rapporto fondato nel *ius gentium* tra i genitori ed i figli, i romani riconoscevano ancora sotto il nome di *patria potestas* un altro rapporto al tutto diverso tra il paterno, ascendente maschile e i suoi discendenti immediati, più prossimi o più lontani, maschi o femmine che fossero. Tal *patria potestas* non solo apparteneva in generale al dritto civile propriamente detto, ma eziandio al *ius* civile

(1) V. più sotto il §. 255.

più antico, e fondava un rapporto più che rigoroso di potestà e di dominio, *ius*, dello ascendente paterno, del *parens*, sovra i discendenti a lui sottoposti, che, a questo riguardo, dicevansi suoi *filii* o *filiaefamilias*, i suoi figli domestici. In origine essa collegavasi in sè col naturale rapporto di un ascendente maschio co' suoi proprî discendenti; ma al modo stesso che quest' ultimo rapporto poteva aver luogo senza che vi si congiugnesse la *patria potestas*, così, viceversa, poteva talvolta aversi la patria potestà senza il fondamento di quel naturale vincolo di paternità.

Quel che pel dritto romano dà sì grande importanza a questa istituzione della patria potestà, è questo, che in essa ab antico avea suo fondamento tutto quanto il roman dritto di famiglia, lo *status familiae*, l'agnazione insiem con i molti e interessanti rapporti giuridici di cui n' era la base, la tutela, la eredità, e via discorrendo. Ecco perchè i Romani sogliono averla in sì gran conto, parte in generale, parte specialmente nel loro sistema di dritto privato (1).

Ius autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum. Nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus. §. 2, Inst., I, 9, *de patria potestate*.

Foeminae quoque adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in sua potestate habent. §. 10, Inst., I, 11, *de adoptionibus*.

I.

DELLA NATURA E DEGLI EFFETTI DELLA PATRIA POTESTA' IN GENERALE.

§. 174.

La patria potestà non ebbe mai, nè aver potea la natura di una vera proprietà sul *filiusfamilias*, sendochè questi non era mai estimato come una semplice *res;* anzi, come vera *persona*, era a dirittura incapace di essere proprietà altrui.

Pur nondimeno la *patria potestas* era primitivamente assaissimo rigorosa, e, ne' molti suoi effetti, molto consimile alla *dominica potestas*, anzi spesso vien paragonata a quest' ultima, e ch'è più, in molti punti pienamente equiparata. Perocchè, sebbene essa non recava pregiudizio veruno a' *iura status et familiae* del figlio di famiglia, anzi formava la base dello *status familiae*, benchè si rinchiudesse ne' limiti di un cerchio di attività di puro dritto privato, certo molto esteso, pur tuttavia toglieva al figlio di famiglia, in questi limiti, qualsivoglia indipendenza personale. In generale il figlio di famiglia si trovava in una stessa condizione, uomo o donna ch' ei fosse, e immediato, o solo mediato, prossimo o lontano discendente del *parens*. Tuttavia, il rapporto del *parens* col vero suo figlio, *filius*, avea, sotto un certo ri-

(1) V. sopra i §§. 78 e 81.

spetto, uno speciale rigore nel loro reciproco interesse. La circostanza di essere il figlio di famiglia *immediatamente*, come *suus*, nella potestà del suo *parens*, o di essere il suo rapporto con lui formato mediante altre persone intermedie, dava luogo ad una grande differenza.

Di qui si spiega quel certo potere giudiziario domestico, il dritto di vita e di morte che aveva il padre sul suo figlio di famiglia, *ius vitae et necis*. Se il padre pria di esercitar questo dritto fosse obbligato di convocare un consiglio di famiglia, o se potesse attuarlo a suo talento, la storia non ce n'ha del tutto ragguagliati. In ogni caso ei doveva esercitare questo *ius vitae et necis* in una certa forma di sentenza e di dritto.

Di quivi ancora il dritto del padre di vendere il suo figlio di famiglia, e di ridurlo così nella condizione dell' *in mancipio esse* simile alla schiavitù (1). Egli poteva usar di questo dritto per più diversi fini; ora per punirlo e ridurlo in uno stato pregiudicievole a cagion de' suoi trascorsi, ora, e veramente più spesso, l'esercizio di tal dritto non era altro che l'esterna forma e il solo mezzo possibile per isciogliere al tutto la patria potestà per l'avvenire e quel rigoroso vincolo di famiglia che tra il *parens* ed il figlio in essa fondavasi, il che non di rado seguiva ad utilità dello stesso figlio. Imperocchè per tal vendita il padre perdeva qualsivoglia dritto di potestà su di lui; e ciò assolutamente e subito seguiva allorchè il venduto figliuolo fosse figlia o nipote. Quando, per contrario, era *filius*, non si francava intieramente dalla patria potestà e dagli effetti di essa per la vendita già fattane. Poichè, se dopo la prima o la seconda vendita ei si liberava dall'*in mancipio esse*, ricadea subito, *eo ipso*, sotto la precedente *patria potestas*. Non prima della terza vendita e solo per questa il padre perdeva tutt' i dritti della sua *patria potestas* immantinenti e per sempre. Quindi il *ius noxae dandi*, come una naturale conseguenza, fino a che valse il principio di dovere, cioè, il padre, per cagion dell'assoluta mancanza di patrimonio del figlio di famiglia, rispondere di tutt'i delitti privati e d'ogni ingiusto fatto dannoso da lui commesso (2). Dippiù, finalmente, il dritto del padre di accasare, quando vuole, i suoi figli di famiglia, di farli divorziare, di darli in adozione e di emanciparli.

Pertanto, era consono allo spirito ed al cammino progressivo del nuovo dritto romano che la *patria potestas*, come tutt'i *iura* e tutt'i poteri di famiglia, fosse a poco a poco ristretta nelle sue rigorose conseguenze. Molti dritti del padre, che originariamente facean parte della *patria potestas*, come il *ius vitae et necis*, il *ius vendendi*, il *ius noxae dandi*, andarono in disuso (3). Quel che può parerne un avanzo,

---

(1) V. sopra il §. 69.
(2) V. sopra il §. 150.
(3) Il *ius vitae et necis* fu interamente abolito da Costantino (Const. un. C. IX, 17); il *ius vendendi* da Diocleziano e Massimiano (Const. 2, C. IV, 43); quanto al *ius noxae dandi*, vedi il §. 7, Inst., 4, 8. — *Il Trad.*

specialmente del *ius vendendi*, a mala pena si può agguagliare con essi. Altri dritti del padre rimasero, egli è il vero, integri, ma in una forma men dura, e perciò presero in parte un carattere al tutto diverso (1).

La speciale trattazione de' singoli dritti compresi nella patria potestà, già da noi cennati, e da altri non peranco discorsi, per es. il dritto della sostituzione pupillare, la nomina di un tutore, eccetera, sarà più debitamente fatta per incidenza nel nostro sistema, cioè là dove questi dritti occupano un posto immediato nelle dottrine particolari.

Contro ogni terza persona, che per qualche motivo ritiene l'altrui figlio di famiglia, e così impedisce al padre di lui il pieno esercizio della potestà sua, si sperimenta una *in rem actio*, la quale era una *vindicatio*, ma non una *rei vindicatio*, non essendo il figlio di famiglia considerato come *res*, sì bene una particolare *filii vindicatio*. Inoltre, poteva il padre far valere il suo dritto anche per mezzo di un'azione pregiudiciale, e con l'*interdictum de liberis exhibendis et ducendis*.

Id enim lex duodecim tabularum iubet his verbis: *si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto*. Ulpian., fr. tit. X, §. 1.

Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, veluti si magistratum gerat, vel tutor detur. Pompon., fr. 9, D., 1, 6, *de his qui sui vel alieni iuris sunt*.

Si filius tuus in potestate tua est, res acquisitas tibi alienare non potuit; quem si pietatem patri debitam non agnoscit, castigare iure patriae potestatis non prohiberis, acriore remedio usurus, si in pari contumacia perseveraverit, eumque praesidi provinciae oblaturus, dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris. Alexand., c. 3, C., VIII, 47, *de patria potestate*.

Liberos a parentibus neque venditionis, neque donationis titulo, neque pignoris iure, aut alio quolibet modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis, in alium transferri posse, manifesti iuris est. Dioclet. et Maxim., c. 1, C., IV, 43, *de patribus qui filios suos distraxerunt*.

Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque, victus causa, filium filiamve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente emtor obtinendi eius servitii habeat facultatem. Liceat autem ipsi, qui vendidit, vel qui alienatus est, aut cuilibet alii ad ingenuitatem eum propriam repetere; modo si aut pretium offerat, quod potest valere, aut mancipium pro huiusmodi praestet. Costantin., c. 2, C. eod.

Per hanc autem (specialem in rem actionem) liberae personae quae sunt iuris nostri, utputa liberi, qui sunt in potestate, non petuntur. Petuntur igitur aut

---

(1) Quanto alla persona de' figli, il nuovo dritto romano accorda al padre i diritti seguenti.

1. Il diritto di castigarli per colpe leggiere (const. 3, C. 8, 47).

2. Di chieder loro de' servigi (fr. 3, D. 33, 2, fr. 7, pr. D. 9, 2).

3. Di dare ad essi un tutore coi testamento (§. 3. J. 1, 13, fr. 1, pr. D. 26, 2), e di nominare loro un erede nel caso in cui morissero pria di esser divenuti puberi (*ius pupillariter substituendi*), pr. Inst. 2, 16, — fr. 2, pr. D. 28, 6).

4. Di consentire al loro matrimonio (fr. 2, D. 23, 2, — pr. J. 1, 10).

5. Di riaverli con l'interdetto *de liberis exhibendis*) fr. 1, p. D. 43, 30 — fr. 1, §. 2, D. 6, 1).

6. Di vendere come schiavi i neonati nel caso di una estrema indigenza (const. 2, C. 4, 43). — *Il Trad.*

praeiudiciis, aut interdictis, aut cognitione praetoria; et ita Pomponius libro XXXVII, nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet. Si quis ita petit filium suum, vel in potestate ex iure romano, videtur mihi et Pomponius consentire, recte eum egisse; ait enim, adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse. ULPIAN., fr. 1, §. 2, D., VI, 1, *de rei vindicatione*.

§. 175.

Del dritto del padre di acquistare per mezzo de' suoi figli di famiglia.

Inst. lib. II, tit. 9, per quas personas cuique adquiritur.

Nel modo che il *servus* non poteva aver nulla per sè, onde non era cosa ch'ei non acquistasse pel suo padrone, così, secondo il rigore dell'antico dritto, il *filiusfamilias* non era capace di avere un proprio patrimonio. Quindi tutto ciò che acquistava, devolveasi al padre se questi desiderava di averlo.

Pur nondimanco questo acquisto differenziava essenzialmente da quello del *servus*, sotto un altro rapporto. Poichè, pria di tutto, il figlio di famiglia, essendo *persona*, poteva pel suo *parens* acquistare ancora de' *iura* su i liberi, segnatamente la *patria potestas*, o la *manus*, che aveano pure un certo valore pecuniario (1). Poi, ogni cosiffatto acquisto del padre per mezzo del figlio mediatamente profittava sempre anche allo stesso *filiusfamilias*. Imperocchè quantunque tutt'i dritti di patrimonio non fossero acquistati dal figlio che sol direttamente pel *parens*, giacchè, lui vivente, non poteva averli, pure eventualmente, avuto riguardo al verosimile ordine successorio, gli acquistava anche per suo conto. E per vero, morto ch' era il padre, allor che questi non avesse formalmente con un testamento disposto il contrario, tutti questi dritti si devolveano *ipso iure* al *filiusfamilias* già fatto *homo sui iuris*, con tutto il patrimonio del defunto formante una specie di patrimonio familiare, come *suus heres*, e in certo modo ritornavano a lui medesimo. Quindi non è da tenere come vôto d'ogni valore quel modo di esprimersi del dritto romano, con che il *filiusfamilias*, vivente il padre, vien indicato qual condomino del patrimonio paterno. Solo è sempre da aver per fermo che siffatta compartecipazione del figlio di famiglia nel patrimonio paterno era, circa gli effetti, precaria ed eventuale, in quanto che non solo la si poteva arbitrariamente sminuire dal *parens* vendendo singole parti di esso, ma poteva eziandio, ne' suoi effetti, essere intieramente rimossa. Quest' ultimo caso era quando ei si privava della patria potestà, segnatamente con l'emancipazione, o con l'esser dato in adozione ad altrui, ovvero, anche senza cotesta alienazione, mercè la diseredazione, *exheredatio* del figliuolo in un testamento. Certo, questo proprio rapporto de' figli col patrimonio del loro *parens* avea propriamente luogo per que'figli di famiglia, che come *sui*, erano nella sua immediata *potestas*. Ma lo stesso valea, sotto certe restrizioni, anche per tutti i figli,

(1) V. più sotto il §. 177.

ancor quando si trovassero soltanto nella mediata *potestas* del capo di famiglia. Se non che è d' uopo notare che quest' ultimi stanno verso il comune patrimonio di famiglia assai più lontani che i *sui*, e che perciò la loro aspettativa di entrare realmente in qnesto patrimonio di famiglia, come assoluti possessori di esso, è tanto più differita quanto la loro posizione inverso al comun *parens* è più lontana, e se prima non venga agevolata per mezzo delle persone intermedie che stanno più vicine al *parens* avente la potestà. Segnatamente la totalità del patrimonio di famiglia, già unico in origine, spesso si divide in più parti per effetto de' casi di successione, innanzi che si manifesti efficacemente il dritto già sino allora eventuale de' più lontani figli di famiglia, almeno per rispetto ad una parte di esso.

Si è cercato di spiegare questo rapporto giuridico attese parecchie disposizioni che il dritto romano fa derivarne (per esempio, il non poter l'ascendente col suo *filiusfamilias* trattare negozî giuridici che risguardino il patrimonio), per mezzo di una giuridica uuità di persona tra il padre ed il figlio. Ma non fa mestieri di tal finzione, la quale, del resto, non trova verun appoggio nelle stesse sorgenti del dritto romano; stantechè tutt'i principî fatti derivare da quella pretesa unità di persona si spiegano per facile guisa con l'incapacità in cui trovasi giuridicamente il *filiusfamilias* di avere un patrimonio.

Inter patrem et filium contrahi emtio non potest, sed de rebus castrensibus potest. Ulpian., fr. 2, pr. D., XVIII, 1, *de contrah. emt.*

Adquiritur nobis etiam per eas personas, quas in potestate.... habemus. Itaque si quid mancipio puta acceperint, aut traditum eis sit, vel stipulati fuerint, ad nos pertinet. Ulpian., fr. tit. IX, §. 18.

Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et, vivo quoque parente, quodammodo domini existimantur. Gai., *Comm.*, II, §. 157.

§. 176.

De' Peculi.

Dig. lib. XV, tit. 1, de peculio. Dig. lib. XLIV, tit. 17, de castrensi peculio — Cod. lib. 1, tit. 3, de episcopis et clericis etc. et castrensi peculio — Cod. lib. VI, tit. 60, de bonis maternis et materni generis. tit. 61, de bonis, quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias adquiruntur. — Cod. lib. XII, tit. 31, de castrensi omnium palatinorum peculio. tit. 37, de castrensi peculio militum et praefectianorum.

Il rigoroso principio dell' antico dritto, secondo il quale il figlio di famiglia non poteva acquistare nè possedere alcun patrimonio per sè, venne di mano in mano mitigato, anzi qnasi del tutto abolito per la teoria delle varie specie di *peculî*, che si andò sempre più disvolgendo.

Il più antico *peculium*, in origine unico e perciò spesso per antonomasia appellato soltanto *peculium*, è quello che oggidì viene indicato con la frase poco romana di *profecticium peculium*. Però ei non

bisogna comprendere sotto questa denominazione, come suolsi comunemente, tutt' i beni che il padre dà al suo *filiusfamilias* a fin che gli amministri. Poichè quivi il figlio di famiglia non ha verun dritto indipendente, ma solo le ordinarie facoltà di un amministratore nell' interesse del suo principale. *Peculium* sono e diconsi piuttosto solo quelle porzioni del patrimonio paterno, che parte ha il padre destinato specialmente ed espressamente per il *filiusfamilias*, parte ancor que' che egli segregò effettivamente dagli altri suoi beni con intendimento che il figlio se l'abbia in proprio nome e per i suoi proprii bisogni, come un *quasi patrimonium*. Nel qual caso cotai beni costituiscono nel fatto una particolare fortuna destinata ad utilità del *filiusfamilias*, in quanto che per tal modo vien egli autorizzato da lui a gravarla di debiti di per sè stesso e per conto proprio. I quali debbono essere riconosciuti dal padre e ne divien responsabile, ma certo solo *peculio tenus* verso i creditori del figlio, giacchè egli è così venuto preventivamente a mostrar loro cotesto peculio come obbietto di esecuzione. Perciò i creditori del figlio di famiglia sperimentano, a tal fine, contro del padre l'*actio de peculio*(1). Può il padre accordare al figlio un dritto indipendente, più o meno limitato, di amministrazione e di alienabilità di tal peculio. E questo era il caso più frequente. Ma nondimeno, questo *peculium*, come tutto ciò che per esso si acquista, conserva sempre l'indole di un patrimonio proprio del padre, nè diviene già una fortuna daddovero esclusiva del figlio, un *verum patrimonium* di lui. Il che si scorge da ciò, che ancor egli il padrone poteva accordare al suo *servus* un *peculium* in un modo perfettamente simile. Inoltre, il padre ben potea di suo talento riprendere in ogni tempo il *peculium* che avea concesso al *filiusfamilias*, senza pregiudizio però de' dritti anteriormente acquistati da'creditori del figlio in quell' assegno come in un obbietto di esecuzione. Il vero scopo principale di cotesta *concessio peculii* era, gli è ben evidente, sol questo, aprire un credito indipendente a pro del figlio di famiglia nel suo esclusivo vantaggio, sino ad una certa somma, senza compromettere il rimanente patrimonio del padre più del dovere, e senza che fosse obbligato a farlo perdurare. Da tutto ciò vien chiaro che nella dazione di siffatto *peculium* da parte del padre non vi era alcuna derogazione al rigore dell'antichissimo principio romano, giusta il quale era il *filiusfamilias* incapace di avere un proprio ed indipendente patrimonio. Vero è che i beni, i quali avessero originariamente formato un *peculium* di genere siffatto, potevano dipoi passare realmente nel patrimonio del figlio di famiglia allorchè il padre glieli lasciava al tempo della sua mancipazione; ma non sì tosto che ciò seguiva, questi beni perdevano, com' è chiaro, la natura di un *peculium* divenendo il possessore di esso ancor egli *paterfamilias*.

Per contrario, l'introduzione degli altri pecull recò una vera e più che notevole eccezione alla regola rigorosa dichiarante il figlio in

---

(1) V. sopra il §. 125.

potestas giuridicamente incapace di avere beni proprî; sicchè questi nuovi peculî non si trovano che pe'soli figli di famiglia; gli schiavi non sono capaci di averli.

Tale è, pria che ogni altro, il *peculium castrense*, introdotto verosimilmente sotto di Augusto. Poichè il figlio di famiglia può, finchè ei vive, delle cose che acquistò come *miles*, in *castris*, sia immediatamente col servizio militare, *per militiam*, od anche solamente *occasione militiae*, cioè per certi dati incarichi, in occasione del suo servigio, disporre a suo grado come di un proprio ed esclusivo patrimonio, anche testando, e con tale una libertà sconfinata da non sembrare *filiusfamilias*, ma *paterfamilias*. Nullameno, il principio della potestà patria ancor quivi si addimostrava in un punto, cioè in questo, che i beni castrensi lasciati dal figlio già morto senza disporne con testamento non erano deferiti agli eredi del figlio di famiglia nel modo ordinario, giusta le regole della successione ab intestato, ma devolveansi al padre con questa sola qualità, *iure peculii*, ch'è quanto dire, in virtù della *patria potestas*. Per questa stessa ragione anche tal patrimonio del figlio di famiglia ebbe o ritenne lo stesso nome di *peculium*. Giustiniano abolì quest'ultimo dritto del padre, e però sotto tutti i rapporti concedè al figlio di famiglia la piena ed intera proprietà de'beni castrensi; sicchè questo patrimonio ha perduto in fondo il carattere di un *peculium*, ed assunto più quello di *bona castrensia*.

Distinti al tutto per la prima volta, regnante Costantino, gli ufficî propriamente civili da quei ch'erano puramente militari, si vide per conseguenza stabilito un *quasi castrense peculium*, il quale, formatosi a simiglianza del *castrense*, fu ancor moderato dagli stessi principî. Primamente esso limitavasi a' beni, che il figlio di famiglia acquistava per mezzo di un ufficio pubblico, non militare, od esercitando l' avvocheria. Ma con l'andar delle età lo si estese ad altri beni non pochi, segnatamente agli acquisti fatti per mezzo di cariche auliche, o con l'ufficio di sacerdote.

In fine, ancor sotto l'imperatore Costantino fu posto il fondamento a quel che noi sogliamo oggidì chiamare *adventitium peculium;* il qual nome, a dir vero, non è del tutto romano. Giustiniano, che diede a questo peculio il suo pieno svolgimento, lo dinota con l'espressione di *bona quae patri non adquiruntur*. Questi son beni che il *filiusfamilias* acquista non propriamente pel suo *parens*, ma parte per questo, parte ancora per sè stesso, quindi in certo modo li acquista in comune con lui. Quanto alla proprietà, essi spettano non al *parens*, ma al *filiusfamilias*, il quale perciò li eredita nel modo ordinario anche *ab intestato*. Il *parens* non ne ha che l' usufrutto, e l'amministrazione. In origine cotesto peculio, giusta il decreto di Costantino, non comprendeva che i *materna bona;* altri imperatori lo estesero a' *bona materni generis;* e finalmente sotto Giustiniano gli si diede novella estensione. Così, nell'ultimo stato del dritto, ogni qualunque acquisto del figlio, che non derivi da' beni del padre, nè rientri nella definizione del peculio castrense e quasi-castrense, appartiene a'così detti avventi-

zi. Questo, adunque, forma oggidì in certo modo la regola. In alcuni casi il padre non ha neppure l'usufrutto; segnatamente quando chi ha dato al figlio di famiglia quella data porzione di patrimonio espressamente abbia escluso il padre dall'usufrutto, o quando il figlio acquista qualcosa contro la paterna volontà, giacchè naturalmente tale usufrutto non gli può essere attribuito. Ma anche allora viene il figlio risguardato, quanto a questo peculio, siccome *filiusfamilias*, e non *paterfamilias* come ne' peculi castrensi; il che non è privo di gravi conseguenze.

Peculium dictum est, quasi pusilla pecunia, sive patrimonium pusillum. Ulpian., fr. 5, §. 3, XV, 1, *de peculio.*

Peculii est non id, cuius servus seorsum a domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit, summam servi rationem discernens; nam quum servi peculium totum adimere, vel augere, vel minuere dominus possit, animadvertendum est, non quid servus, sed quid dominus, constituendi servilis peculii gratia, fecerit. Pompon., fr. 4, pr., D., eod.

Castrense peculium est, quod a parentibus, vel cognatis in militia agenti donatum est, vel quod ipse filiusfamilias in militia adquisivit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset. Nam quod erat et sine militia adquisiturus, id peculium eius castrense non est. Macer. fr. 11, D., XLIX, 17, *de castrensi peculio.*

Filiusfamilias testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit. Sed Divus Marcus constituit, ut filiusfamilias miles de eo peculio, quod in castris adquisivit, testamentum facere possit. Ulpian., *Fragm.*, tit. X, §. 10.

Quum filiifamilias in castrensi peculio vice patrum familiarum fungantur. Idem, fr. 2, D., XIV, 6, *Ad senatuscons. Macedon.*

Ex hoc intelligere possumus, quod in castris adquisierit miles, qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere, vel aliter inquietare, neque, patre mortuo, cum fratribus commune esse sed scilicet proprium eius esse, id quod in castris adquisierit, quamquam iure civili omnium, qui in potestate parentum sunt, peculia perinde in bonis *parentum* computantur, ac si servorum peculia in bonis dominorum numerantur; exceptis videlicet iis, quae ex sacris constitutionibus, et praecipue nostris, propter diversas causas non adquiruntur. Pr., Inst., II, 12, *Quibus non est permissum facere testamentum.*

Omnes palatinos, quos edicti nostri iamdudum certa privilegia superfundunt, rem, si quam, dum in palatio nostro morantur, vel parsimonia propria quaesierint, vel donis nostris fuerint consecuti, *ut castrense peculium habere* praecipimus. Quid enim tam ex castris est, quam quod nobis consciis, ac prope sub conspectibus nostris adquiritur? Sed nec alieni sunt a pulvere et labore castrorum, qui signa nostra comitantur. qui praesto sunt semper actibus, quos intentos eruditis studiis itinerum prolixitas et expeditionum difficultas exercet. Constantin., L. unica, C., XII, 31, *de castrensi omnium palatinorum peculio.*

Igitur liberi nostri utriusque sexus, quos in potestate habemus, olim quidem quidquid ad eos pervenerat, exceptis videlicet castrensibus peculiis, hoc parentibus suis adquirebant sine ulla distinctione; et hoc ita parentum fiebat, ut esset iis licentia, quod per unum vel unam eorum adquisitum est, alii, vel extraneo, donare vel vendere, vel quocunque modo voluerant, applicare. Quod nobis inhumanum visum est, et generali constitutione emissa, et liberis pepercimus, et patribus honorem debitum reservavimus. Sancitum etenim a nobis est, ut, si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationem, to-

tum parenti adquiratur. (Quae enim invidia est, quod *ex patris* occasione profectum est, hoc ad eum reverti?) *Quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias adquisivit, huius usumfructum quidem patri adquirat, dominium autem apud eum remaneat*, ne, quod ei suis laboribus vel prospera fortuna accesserit, hoc, in alium perveniens luctuosum ei procedat. §. 1, Inst., II, 9, *Per quas personas nobis adquiritur.*

II.

ACQUISTO DELLA PATRIA POTESTA'

§. 177.

Acquisto della patria potestà su i figli nati da un matrimonio.

Gai. *Comm. lib.* 1, §. 56, *seq.* — *Inst., lib. I, tit.* 9, *de patria potestate.* — *Dig. lib. I, tit.* 6, *de his, qui sui vel alieni iuris sunt.* — *Cod. lib. VIII, tit.* 47, *de patria potestate.*

I cittadini romani acquistavano la patria potestà su i loro figli avuti dal matrimonio romano, *legitimum matrimonium*, non si tosto che nascevano. Ma poichè la patria potestà, per cagion delle sue conseguenze, segnatamente perchè il figlio di famiglia acquista ogni cosa pel padre, vien in parte considerata come un diritto di patrimonio, e non essendo, per questa ragione, il *filiusfamilias*, come tale, capace di averla per sè, ei l'acquista, di pari che ogni altra cosa, pel suo padre; il quale così, in qualità di avolo, riceve sotto la sua potestà, per mezzo del suo figlio legittimo, anche i suoi legittimi nipoti, e via discorrendo. Se non che, morto il comun *parens*, e divenendo *sui iuris* quei che era stato sino a quell' ora immediato *filiusfamilias*, cotesta patria potestà, che già da tempo aveva acquistata sovra i snoi figli legittimi e su i nipoti nati da suo figlio, e che fino a quell'ora non avea potuto esercitare egli stesso, riprende tosto per lui la sua piena attività, e da lui pure si esercita.

Un cittadino romano non poteva con una donna che non fosse cittadina romana, a cagion del *connubium* che mancava, vivere in un matrimonio romano, *legitimum matrimonium;* nondimeno poteva stare con lei in un matrimonio valido secondo il *ius gentium*, ed i figli avuti da questa unione si consideravano siccome nati dal matrimonio. Ma naturalmente il padre non acquistava sovra costoro la patria potestà, mentre nemmeno eran essi cittadini romani; nè altrimenti andava la cosa allorchè per errore avesse egli tenuta la sua donna in concetto di cittadina romana. Potea però, provando giudiziariamente una *causa erroris*, acquistare, per mezzo di questa *causae probatio*, la patria potestà su i figli che già fossero nati dal matrimonio.

Possiam quivi in certo modo riferire come modo indipendente di origine e di acquisto della patria potestà anche la legale disposizione, che vuole, dovere il figlio emancipato ricadere sotto la potestà del suo

parens, a simiglianza dello schiavo manomesso, quando verso di lui si rese colpevole d' ingratitudine.

La patria potestà si rinnova eziandio da per sè quando il figlio vendnto dal padre in *mancipium* vien liberato da tale *mancipium*. In tal caso ei ritorna sotto la *patria potestas* e nella stessa guisa ciò ripetesi ancora dopo la seconda vendita (Vedi il §. 174.).

In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreavimus. Pr. Inst., 9, *de patria potestate*.

Qui ex me et uxore mea nascitur, in mea potestate est; item qui ex filio meo et uxore eius nascitur, id est nepos meus et neptis, seque in mea sunt potestate ; et pronepos et proneptis, et deinceps ceteri. Ulpian., fr. 4, D., I, 6, *qui sui, vel alieni iuris sunt*.

Item, si civis romanus latinam, aut peregrinam uxorem duxerit per ignorantiam, quum eam civem romanam esse crederet, et filium procreavit, hic non est in potestate, qui nequidem clvis romanus est, sed aut latinus, aut peregrinus, id est eius conditionis, culus et mater fuerit, quia non aliter qnisquam ad patris conditionem accedit, quam si inter patrem et mstrem connubium sit. Sed ex senatusconsulto permittitur, causam erroris probare, et ita uxor quoque et filius ad civitatem romansm perveniunt, et ex eo tempore incipit filius in potestate patris esse. Idem iuris est, si eam per lgnorantiam uxorem duxerit, quae ln dediticiorum numero est, nisi quod uxor non fit clvis romana. Gai., *Comm.*, I, §. 67.

Nepotes ex filio, mortuo avo, recidere solent in filii potestatem, hoc est patris sui ; simili modo et pronepotes, et deinceps, vel ln filii potestate, si vivit et in familia mansit, vel in eius parentis, qui ante eos in potestate est. Idem, fr. 5., D., eod.

§. 178.

Acquisto della patria potestà per legittimazione.

Cod. lib. V, tit. 27, de naturalibus liberis; et matribus eorum et ex quibus causis iusti efficiantur.

I figli nati fuori del matrimonio non cadono sotto la *potestas* di chi li generò, parte perchè la *patria potestas* non è che l' effetto del *legitimum matrimonium*, parte perchè, giuridicamente parlando, essi non hanno padre. Ciò va detto altresì de' figliuoli nati dal concubinato, sendochè nemmen essi furono in matrimonio concepiti. Pertanto insino da'primi tempi del regime imperiale, gl'imperatori, a quel che pare, eran usi in certi casi e per motivi particolari di assimigliare con un rescritto di grazia al figlio legittimo che era nato fuori del matrimonio, e di riporlo così sotto la patria potestà di colui, che lo aveva procreato.

Questa era in sostanza una vera *legittimazione;* solo non si adoperava tal nome, nè punto essa fondavasi su di principî stabili e generali. Soltanto all'età di Costantino si cominciò a statuire i principî su questa materia, in rapporto diretto col concubinato, alla cui storia strettamente si annodano. Di fatti potè il padre fin dal tempo di Costantino, sempre e quali che fossero le circostanze, legittimare *per subsequens*

matrimonium i figliuoli che fossero stati procreati in concubinato. Questa legittimazione fu introdotta, gli è vero, da Costantino, ma soltanto temporalmente, giacchè sol dopo parecchie alterne statuizioni sotto Zenone, Anastasio e Giustino, essa divenne generale e stabile istituto giuridico per opra di Giustiniano. Di poi, sotto Teodosio II, fu ancora riconosciuta la legittimazione per *oblationem curiae*. Finalmente Giustiniano a queste due specie di legittimazione già esistenti, a fine di dar loro un compimento, ne aggiunse nna terza, cioè quella per *rescriptum principis*; la quale però, specialmente a ragguaglio con quella per *subsequens matrimonium*, non va concednta senza grandi restrizioni.

L'efficacia della legittimazione, oltre la volontà del padre, la quale, del resto, presuppone sempre il consenso del figlio a cagion della *capitis deminutio* che essa trae seco, consiste in questo che il figliuolo legittimato entra non solo *iure civili* ne'rapporti naturali di cognazione già preesistenti *naturali iure*, ma anche nella *patria potestas* e nella *familia*, e perciò nell'*agnatio* di suo padre, siccome un figlio nato del matrimonio. Del pari che quest'ultimo, ei conserva tai rapporti di cognazione già per tal modo riconosciuti, ancor quando più in là succeda che il rapporto di agnazione si risolva.

Aliquando autem evenit, ut liberi, qui statim, ut nati sunt, in potestate parentum non fiant, postea autem redigantur in potestatem: qualis est is, qui dum naturalis fuerat, postea curiae datus, potestati patris subjicitur; nec non is, qui a muliere libera procreatus, cuius matrimonium minime legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione, dotalibus instrumentis compositis, in potestate patris efficitur; quod et aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio praebuit. §. 13, Inst., I, 10, *de nuptiis*.

Dum et filii hoc ratum habuerint. Nam, si solvere ius patriae potestatis invitis filiis non permissum est patribus, multo magis sub potestatem redigere invitum filium et nolentem, sive per oblationem ad curiam, sive per instrumentorum celebrationem, sive per aliam quamlibet machinationem, tamquam sortem metuentem paternam, iustum non est. Iustinian., Nov. 89, c. 11, pr.

§. 179.

Acquisto della patria potestà per mezzo dell'adozione.

Gai. *Comm. I*, §. 97 *seq. Inst. lib. I, tit.* 11, *De adoptionibus. Dig. lib. I, tit.* 7, *De adoptionibus. et emancipationibus, et aliis modis quibus potestas solvitur. Cod. lib. VIII, tit.* 48, *De adoptionibus.*

Anche là dove non esiste alcun vincolo naturale di ascendente e discendente, può la patria potestà essere artificialmente introdotta con un atto di libero arbitrio, cioè per mezzo dell'*adozione*, ch'è quanto dire, con l'ammetter che si faccia solennemente una persona nel luogo di discendente, figlio o nipote. È difficile che si possa dir con certezza se l'adozione sia stata una istituzione primitiva del dritto roma-

no più antico. Il certo è che la si trova ben presto anzi che no stabilita in due modi e sotto duplice forma.

. Un uomo sino ad ora indipendente da qualsivoglia subiezione di famiglia, un *homo sui iuris*, può, volendo, ridursi sotto la *patria potestas* e nella *familia* di un altro. Ciò, in tal caso, dicesi *arrogatio*.

1.° Essa produceva, secondo il dritto più antico, anche una vera *successio per universitatem*. Imperocchè, siccome l' arrogato da *paterfamilias* che era stato si trasmutava in un *filiusfamilias*, e perciò diveniva incapace di continuare ad avere indipendentemente per sè un proprio patrimonio, così tutto ciò che possedeva passava in potere dell' *arrogator*. Perlochè questi, almeno secondo il dritto pretorio, rispondea de' debiti che avea l'arrogato al tempo della sua arrogazione. Già per questo, e per cagione del pubblico interesse, che sotto più rapporti vi dominava, si fu di qui molto rigorosi in tale arrogazione. Essa non fu riposta unicamente nell' accordo delle parti interessate, del *pater arrogator* e della persona da si dovere adottare; ma nel tempo stesso, dopo la precedente *causae cognitio* da parte de' *Pontifices*, che v' erano interessati a cagione de' *sacra privata* messi con ciò facilmente in pericolo, bisognava altresì consentisse il capo dello Stato. A' tempi della repubblica si richiedeva il consenso di tutto il popolo, *populi rogatio*, d' onde la denominazione di *adoptio per populum ;* sotto l' impero, il consentimento dell' imperatore nella forma di un rescritto grazioso. In origine non era lecito arrogare gl' impuberi a causa del pericolo minacciante la loro persona ed il loro patrimonio. Da Antonino imperatore fu poi permesso, ma solo dopo specialissime indagini sull' opportunità dell' arrogazione nel caso concreto, e non senza il consenso di tutti i tutori dell' impubere, e con adoprare altresì parecchie cautele, segnatamente con obbligare l'arrogatore a dar certe cauzioni, ordinate a tutelar gl'interessi di lui, ed a scamparlo da pericoli, a' quali può andare incontro. *Quarta Divi Pii*.

2.° Un figlio di famiglia può anche uscire dalla potestà e dalla famiglia del precedente suo *parens*, e immediatamente venir sotto la *patria potestas* e nella *familia* di un altro, sol che il detto suo *parens* lo dia in adozione a cotestui. Adozione siffatta dicesi *adoptio* in senso stretto, *datio in adoptionem*. E poichè non si trattava d' altro che dell' esercizio di un diritto inchiuso nella potestà patria, ne seguiva che non fosse mestieri di alcun permesso speciale da parte dello Stato. Molto meno, giusta il rigore dell' antico dritto, v'era bisogno del consenso del *filiusfamilias*, sendochè l' atto di dare in adozione non altro parea, che una forma men dura del dritto che aveva il padre di vendere il suo figlinolo. Altramente avviene nella legislazione novella, la quale riconosce almeno il dritto che ha il figlio di opporvisi.

Quanto alla forma, nella quale si eseguiva l' atto di adozione, diciamo, che in principio era puramente privata, ma per più ragioni molto complicata. Bisognava che l' ascendente emanceppasse colui che aveva sotto la sua potestà, e quando fossegli figlio, uopo era di una triplice emancipazione a voler disciogliere di viva forza gli esistenti

rapporti di famiglia, e apparecchiandone i nuovi, porre il figlio in istato di poter entrare in una famiglia novella. Poscia con una *in iure cessio* dal suo *parens* era egli abbandonato al padre adottivo. A causa di questa necessità della *in iure cessio* dicevasi aver luogo l' *adoptio imperio magistratus*. Ma, secondo il nuovo dritto romano, l' atto di dare e di ricevere in adozione si compie con sola una dichiarazione avanti al magistrato competente, da registrarsi in un protocollo. Pertanto, per una conseguenza della *in iure cessio*, che altre volte v' intervenia, e che era una *legis actio*, egli è d'uopo che tutti gl' interessati sieno in persona presenti, consentano, e non si pongano condizioni nè termini ; tutte cose che punto non convengono quando si ha da stabilire un rapporto di famiglia ch' è così serio e rigoroso.

Il requisito comune alle due specie di adozione, l'*arrogatio*, cioè, e l' *adoptio* in senso stretto, gli è questo, 1. che l'adottante sia inverso l' adottato in un rapporto di età naturalmente appropriato allo scopo dell' adozione. Fra i giuristi romani erano diverse le opinioni su questo punto. Ma, secondo il nuovo dritto romano l' adottante deve almeno avere diciotto anni di più dell' adottivo (*plena pubertate*). Inoltre l' arrogazione deve di regola permettersi solo a coloro, che per cagione della loro età o per altro non possano più sperare di avere proprî figliuoli. Finalmente l' adozione è per ispeciali ragioni assolutamente od almeno relativamente proibita a certe persone. Le quali restrizioni furono poste da'Romani col diritto consiglio di provvedere che le adozioni non tornassero nocevoli a' dritti de' figli esistenti, nè turbassero la purità della vita di famiglia.

Che le due specie di adozione subir facciano al figliuolo adottivo una *minima capitis deminutio*, ciò risiede nella natura di così fatto rapporto. Imperocchè chi si lascia arrogare, e passa in tal guisa nella *potestas* e nella *familia* dell'*arrogator*, rinuncia alla sua precedente indipendenza di famiglia, e diviene *filiusfamilias*. Chi, per contrario, vien dato in adozione dal suo *parens* cessa *eo ipso* di appartenere come agnato alla precedente *familia*, ed invece va sotto la *potestas* e nella *familia* del suo padre adottivo. Il perchè vuolsi dire grandemente esorbitante quel che Giustiniano prescrisse, che quando il padre dà in adozione un proprio *suus*, questa dazione allora soltanto trasferisca la patria potestà all' adottante, quando quest' ultimo sia un proprio ascendente del figlio che si adotta. Quando per contrario l' adottante non sia tale, cioè proprio ascendente, ma *extraneus*, l' adozione non può nulla mutare ne' preesistenti rapporti della *potestas* e della *familia*. L' adozione ha in tal caso piuttosto l' effetto che il figlio adottivo consegue soltanto un dritto eventuale alla successione intestata dell' adottante. Il motivo, che indusse quell' imperatore ad introdurre questa specie di adozione, detta oggidì *minus plena adoptio*, non in altro è da rinvenire che nel discreto desiderio ch' egli ebbe di provvedere a' dritti successorî dell' adottato, i quali potevano altrimenti essere lesi per modo non meno agevole che nequitoso.

Le donne non potevano mai acquistare per adozione la *patria po-*

testas. Nullameno si addimanda impropriamente adozione la facoltà, che in virtù di un rescritto di Diocleziano e Massimiano possono elleno conseguire, per ispeciale indulgenza dell' imperatore, di allevarsi, cioè quando rimasero orbate di figli, un estraneo figliuolo. L'effetto che ne risulta è che questo figliuolo si pone inverso sua madre adottiva e reciprocamente in quegli stessi rapporti in che starebbe chi fosse stato naturalmente generato da lei, segnatamente perchè in tale qualità succedano tra loro *ab intestato*.

Non solum autem naturales liberi secundum ea, quae diximus, in potestate nostra sunt, verum etiam ii, quos adoptamus. Adoptio autem duobus modis fit, aut principali rescripto, aut imperio magistratus. Imperatoris auctoritate adoptare quis potest eos easve, qui quaeve sui iuris sunt; quae species adoptionis dicitur arrogatio. Imperio magistratus adoptare licet eos easve, qui quaeve in potestate parentum sunt; sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est filius, filia; sive inferiorem, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis. Pr., et §. 1, Inst., I, 11, *de adoptionibus*.

Licet autem et in locum nepotis vel pronepotis, vel in locum neptis vel proneptis, vel deinceps adoptare, quamvis filium quis non habeat. §. 5, Inst. eod.

Debet is, qui sibi per arrogationem, vel adoptionem filium facit, plena pubertate, id est decem et octo annis praecedere. §. 4, Inst., eod.

Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et ii, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt; castrati autem non possunt. §. 9, Inst., eod.

Arrogationes non temere, nec inexplorate committuntur. Nam comitia arbitrio pontificibus praebentur, quae curiata appellantur, aetasque eius, qui adrogare vult, an liberis potius gignendis idonea sit, bonaque eius, qui adrogatur, ne insidiose appetita sint, consideratur. Arrogatio autem dicta, quia genus hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit. Gellius, *Noct. Act.*, v. 10, 19.

In adoptionibus eorum duntaxat, qui suae potestatis sunt, voluntas exploratur; sin autem a patre dantur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est, vel consentiendo, vel non contradicendo. Celsus, fr. 5, D. I, 7, *de adoptionibus*.

Sed hodie, ex nostra constitutione, quum filiusfamilias a patre naturali extraneae personae in adoptionem datur, iura potestatis patris naturalis minime dissolvuntur, nec quidquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate eius est, licet ab intestato iura successionis ei a nobis tributa sint. Si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel, si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno, filium suum dederit in adoptionem, in hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis iura, manet stabile ius patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum, et legitimo adoptionis modo constrictum, ut et in familia et potestate huiusmodi patris adoptivi sit.

Quum autem impubes per principale rescriptum arrogatur, causa cognita arrogatio permittitur, et exquiritur causa arrogationis, an honesta sit expediatque pupillo, et cum quibusdam conditionibus arrogatio fit.

Foeminae quoque adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in potestate sua habent; sed ex indulgentia principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt. §. 2, 3 et 10, Inst., I, 11, *de adoptionibus*.

41

III.

CESSAZIONE NELLA PATRIA POTESTA'.

§. 180.

Generalità.

GAI. *Comm. lib. I, §. 125, seq. Inst., lib. I, tit. 12, Quibus modis ius patriae potestatis solvitur.*

La patria potestà è un dritto che appartiene al *parens* su i suoi figli di famiglia persino ch' ei vive. Tuttavia ciò presuppone, parte che pria della morte del padre niuna cosa sopravvenne che lo abbia rendnto incapace di conservare questa *potestas*, o fatto escire il figlio dalla potestà patria ; parte che il *parens* non abbia voluto goderne più oltre.

Tra gli avvenimenti che fan cessare la patria potestà pria che muoia l' ascendente, è da porre naturalmente la morte del figlio o del *parens :* solo in verità con la distinzione che per mezzo della morte del *parens* il *suus* diviene *sui iuris;* all' incontro quelli che mediatamente per mezzo di lui si trovavano nella *potestas* del defunto, dalla potestà del loro avo già morto ricadono snbito in quella del proprio padre. Per motivi che si annodano all' essenza rigorosamente civile della *potestas*, ogni *maxima*, non che ogni *media capitis deminutio* del *parens* o del *filiusfamilias* pone di necessità un fine alla *patria potestas ;* perocchè solo un cittadino romano aver può la patria potestà, o stare sotto di essa. Solamente, allorchè la *capitis deminutio* avviene per effetto di cattività presso il nemico, stante la possibilità del *postliminium*, la condizione giuridica rimane indeterminata e sospesa. Ancor essa la *minima capitis deminutio* produce questo effetto. Poichè se il *parens* si lascia arrogare, cade egli pure immediatamente sotto la *potestas* dell' arrogatore in qualità di figlio di famiglia, mentre i propri suoi figliuoli vanno mediatamente sommessi alla medesima *potestas* dell' *arrogator* in qualità di suoi nipoti. La *minima capitis deminutio* del figlio finisce coll' abdicazione volontaria della patria potestà. Infine qui vnolsi noverare anche il caso in cui, secondo il dritto antico, il figlio di famiglia pigliava il Flaminato (*flamen dialis*) o la figlia divenia *virgo vestalis*, e nel nnovo diritto, quello in cni siensi conseguite certe alte dignità esattamente determinate, civili o religiose, incompatibili con la subiezione alla *patria potestas*, come la dignità di nn *patricius*, o quella di un vescovo.

La potestà patria può cessare eziandio con l' abdicazione volontaria che ne faccia il *parens*. Tale era un tempo la vendita del *filiusfamilias* nel *mancipium*, con le distinzioni sn indicate, non men che l' abbandono di esso per *noxa*. Tali son pure, nel nnovo drit-

to romano, la dazion del figliuolo in adozione, e la sua emancipazione.

In tutti questi casi la patria potestà pur sempre finisce. Ma, se e per quanto il figliuol di famiglia diventi con ciò a un tempo stesso *sui iuris*, o venga sol posto sotto di un' altra *potestas*, e se, i suoi dritti di agnazione perdurino ancora, o vadano perduti per effetto di una *minima capitis deminutio*, la è cosa che dipende pria di tutto dal peculiar modo onde quella potestà siasi estinta.

Hi, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo, sui iuris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit. Nam mortuo patre sane omnimodo filii filiaeve sui iuris efficiuntur. Mortuo vero avo, non omnimodo nepotes neptesque sui iuris fiunt, sed ita, si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt. Itaque, si moriente avo pater eorum et vivit, et in potestate patris sui est, tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt. Si vero is, quo tempore avus moritur, aut iam mortuus est, aut exiit de potestate patris, tunc hi, quia in potestatem eius cadere non possunt, sui iuris fiunt.

Quum autem is, qui ob aliquod maleficium in insulam deportatur, civitatem amittit, sequitur, ut quia eo modo ex numero civium romanorum tollitur, perinde ac si eo mortuo, desinant liberi in potestate eius esse. Pari ratione et si is, qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit, desinit in potestate parentis esse... Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum, propter ius postliminii, quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina iura recipiunt... Ipse quoque filius neposve, si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus propter ius postliminii ius quoque potestatis parentis in suspenso esse. Pr., §. 1 et 5, Inst. I, 12, *quibus modis ius potestatis solvitur*.

Praeterea exeunt liberi virilis sexus de patris potestate, si flamines Diales inaugurentur, et foeminini sexus, si virgines Vestales capiantur. Gai., *Comm.* Inst. §. 130.

Filiusfamilias si militaverit, vel si senator, vel consul fuerit factus, manet in potestate patris. Militia enim, vel consularis dignitas a patris potestate filium non liberat. Sed ex constitutione nostra summa patriciatus dignitas illico, imperialibus codicillis praestitis, filium a patria potestate liberat. §. 4, Inst., I, 12, *quib. mod. ius potest. solvit.*

§. 181.

La emancipazione in particolare.

Dig. lib. I, tit. 7, de adoptionibus et emancipationibus. Cod. lib. VIII, tit. 49, de emancipatione liberorum.

In ogni tempo ed in modo assoluto il *parens* ebbe la facoltà di emancipare i suoi figli senza bisogno che eglino vi acconsentissero.

Pertanto ei pare che ne' tempi primitivi l' emancipazione, come quella ch' era contraria allo spirito della vita di famiglia, assai di rado seguisse, e, forse, unicamente per punire il *filiusfamilias ;* e che la si adoperasse siccome una forma più mite, ordinata a francare il figlio dalla *potestas*, mentre la vendita, che facealo trapassare nel *man-*

cipium per ivi rimanere, era una forma più dura. Ed infatti, sebbene l' emancipato diveniva *sui iuris*, purtuttavia l' emancipazione recavagli di necessità un pregiudizio ben grave, qual era la violenta infrazione di tutti i vincoli di agnazione e di famiglia preesistenti tra lui ed il *parens*, e che lo univano eziandio a tutti gli agnati dell' ascendente medesimo. La quale rigorosa conseguenza dell' emancipazione si chiarifica molto semplicemente sol che si guardi al mezzo ed alla forma che originariamente si adoperava. Imperocchè, per essere liberato dalla potestà patria ed essere sicuro di non avere a ricadere sotto di essa, forza era che il *filiusfamilias* trapassasse pria per mezzo del *mancipium*, quando egli era venduto dal suo *parens*, e se *figlio* a lui fosse daddovero, tal vendita si faceva tre volte. Per altro mediante la *fiducia* che si pattuiva, parte provvedeasi che il figlio non restasse nel *mancipium* del compratore, ma ne fosse ben presto manomesso, parte, almen d' ordinario, miravasi ancora a far sì che egli, lo stesso *parens*, per mezzo della propria manomissione del figlio riemancipatogli a questo fine dal compratore, assicurasse per sè il dritto di patronato su di lui.

Nel nuovo dritto romano la emancipazione ha fuor d' ogni dubbio preso un carattere ch' è in parte molto differente. Dapprima i rapporti della vita considerevolmente mutati facevano comparire più che spesso l' emancipazione del figlio di famiglia siccome consona al vero interesse di lui, non meno che del *parens*, per guisa che essa potè perdere al tutto il carattere di una pena e di una espulsione. Poscia venne successivamente in desuetudine la forma primitiva e complicata dell' emancipazione. Già l' imperatore Anastasio ne aveva introdotta una nuova, la quale consisteva in un assenso dichiarato con imperiale rescritto. Purnondimeno di presso ad essa restò ancor sempre l' antica, ancorchè oggi sembri di non essersi osservata che di rado. Non prima di Giustiniano la cessò del tutto, sendochè egli in luogo di essa ne introdusse una terza fondata sul solo formale intervento del magistrato, e destinata a valere di presso alla forma anastasiana. Onde che oramai, nel nuovissimo giure romano, il *parens* ha da scegliere fra le due l'una. La forma nuovissima, la così detta *emancipatio Iustinianea*, sembra in vero di gran lunga più facile e più comoda in quanto che non si richiede un rescritto di grazia dall' imperatore, ma solo una semplice dichiarazione del padre innanzi all' autorità. Ma per altri rispetti presupponea più condizioni, che non l'anastasiana, specialmente l' immediata e personale presenza del figlio di famiglia, sicchè i figli non presenti non altramente potevano essere emancipati che con un imperiale rescritto. Appunto per questa ragione, ed anche perchè la forma anastasiana può, mediante l' indulgenza imperiale, procacciare all' emancipato molti benefici non ordinarii, essa (quest' ultima forma) non è stata intieramente rimossa dalla forma giustinianea.

L' altro cambiamento che fu arrecato dal nuovo dritto, e che risedea nello spirito del tempo e nel carattere più mite della patria potestà, gli è questo, che almeno i propri figli non possono emanciparsi dal

loro *parens* di famiglia contra il voler loro, e così restar privi de'loro diritti di agnazione.

Finalmente, il nuovo dritto apportò non poche modificazioni anche a rispetto dell'efficacia dell'emancipazione. Chè, quantunque sia rimasto intero, almen come regola, il principio di essere, cioè, tutt' i legami di famiglia annientati di forza per mezzo dell'emancipazione, pure può ben egli l'imperatore riservare eccezionalmente all'emancipato con un rescritto grazioso i suoi dritti di agnazione dietro apposita istanza del padre. Certo, a cagion della successiva ed indi compiuta equiparazione della cognazione e dell'agnazione, sempre più scadde d'importanza la perdita di tali dritti agnatizi. Dapprima specialmente fu il pretore colui, che nel suo editto in più modi prese pensiero degli emancipati per ciò che concerne i dritti già fondati sull'agnazione e che appartengono a' figli sulla paterna successione. (Vedi la *teoria delle successioni*). Tuttavia cotesta imperiale riserva de' dritti di agnazione conservò sempre per gli emancipati una certa giuridica importanza.

Sullo stato di famiglia de'figliuoli dell'emancipato, quando sieno nati pria della emancipazione, questa non ha veruna influenza, inquanto e' restano *filiifamilias* di chi emancipa, e soltanto la *potestas*, sotto cui si trovavano, da mediata ch' era divien per loro immediata.

Filius quidem tertia demum mancipatione, ceteri vero liberi, sive masculini sexus, sive foeminini, una mancipatione exeunt de parentum potestate. Lex enim duodecim tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur; his verbis : *si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto*. Eaque res ita agitur. Mancipat pater filium alicui ; is eum vindicta manumittit. Eo facto revertitur in potestatem patris. Is eum iterum mancipat vel eidem, vel alii ; sed in usu est, eidem mancipari. Isque eum manumittit postea similiter vindicta. Quo facto rursus in potestatem patris sui revertitur. Tunc tertio pater eum mancipat, vel eidem, vel alii ; sed hoc in usu est, ut eidem mancipetur. Gaius, *Comm.*, I, §. 132.

Praeterea mancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed ea mancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem procedebat, quae per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones celebrabatur, vel ex imperiali rescripto. Nostra autem provvidentia et hoc in melius per constitutionem reformavit, ut, fictione pristina explosa, recta via ad competentes iudices vel magistratus parentes intrent et filios suos, vel filias, vel nepotes, vel neptes ac deinceps sua manu dimittant. Et tunc ex edicto praetoris in huius filii vel filiae, nepotis vel neptis bonis, qui vel quae a parente manumissus vel manumissa fuerit, eadem iura praestantur parenti, quae tribuuntur patrono in bonis liberti ; et praeterea si impubes sit filius, vel filia, vel ceteri, ipse parens ex manumissione tutelam eius nanciscitur. Admonendi autem sumus, liberum esse arbitrium ei, qui filium et ex eo nepotem vel neptem in potestate habebit, filium quidem de potestate dimittere, nepotem vero vel neptem retinere, et ex diverso filium quidem in potestate retinere, nepotem vero vel neptem manumittere, vel omnes sui iuris efficere. §. 6 et 7, Inst., I, 12, *quibus modis ius patr. potest. solvit.*

Et quidem neque naturales liberi, neque adoptivi ullo paene modo possunt cogere parentes, de potestate sua eos dimittere. §. 10, Inst., eod.

Solvere ius patriae potestatis, invitis filiis, non est permissum patribus. Iustinian., Nov. 89, c. 11, pr.

Emancipato filio et caeteris personis capitis minutio manifesto accidit; quum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus. Paulus, fr. 3, §. 1, D., IV, 5, *de capite minutis.*

CAPITOLO TERZO.

TEORIA DELLA TUTELA E DELLA CURATELA.

§. 182.

Carattere generale della tutela e della curatela ; e 'l posto che occupano nel sistema.

Può alcuno, per il posto che occupa nello Stato e nella famiglia, essere in tutto indipendente, e perciò formalmente *sui iuris*, e pur nondimeno, per certe peculiari ragioni personali, non essere capace di sostenere o di goder la propria indipendenza senza che altri lo assista e lo protegga. Per consimili casi si sentì l' uopo di una rappresentanza di tali persone, per mezzo della tutela e della curatela, *defensio*, siccome è quella che l' *homo alieni iuris* trova nella patria potestà od in altro potere di famiglia al quale è sottoposto.

Questo istituto risguardante la tutela e la curatela ha sempre a dir vero esistito nello stato romano ed è stato pur sempre in istretto legame con l'essenza della famiglia. Tuttavia non ebbero in alcun tempo il carattere di un vero *ius*, di una *potestas* nel sovraccennato rigoroso senso della parola. Da ciò seguitava che esse non rendevano *homo alieni iuris* colui che v' era soggetto; anzi supponevano essenzialmente ch'ei fosse *sui iuris*. Da ultimo ne seguiva che non toglievano a chi v' era sottoposto la capacità giuridica di avere un proprio patrimonio, nè stabilivano tra lui ed il suo tutore o curatore alcuna giuridica incapacità di contrattare, di stare in una relazione pari a quella che trae seco la *potestas* propriamente detta, e in ispecialità la *patria potestas*. Pertanto, cosa veramente strana per noi, facile però ad esplicare, chi consideri tutto l' indirizzo che allora avea lo spirito di famiglia, la tutela e la curatela ebbero pria di tutto non direttamente il carattere di un rigoroso dovere o di un pubblico ufficio, ma piuttosto quello di un diritto di famiglia utile al tutore stesso o al curatore, ed anche al tutto illimitato ; dritto che eglino aveano ed esercitavano in pro di sè stessi, come futuri eredi ab intestato della persona sottoposta al loro governo. A poco a poco, con l' andar delle età, a cotesto antico punto onde prendea le mosse il puro dritto di famiglia, seguì la veduta più politica di una istituzione destinata a provvedere agl' interessi della persona soggetta alla tutela od alla cura, di una carica pubblica, *publicum munus*, che genera una responsabilità bene importante, non meno che rigorosi doveri. Tuttavia la tutela e la curatela non hanno

mai smesso del tutto quel loro primitivo carattere di un istituto di dritto puramente privato.

Dal fin qui detto torna chiaro ch' ei non si può disconoscere lo stretto legame in che furon sempre, secondo il dritto romano, la tutela e la curatela con la *familia*. Dapprima la tutela e la curatela erano in generale destinate a tenere, in certe circostanze, il luogo della potestà patria, là dove paresse necessaria e nel singolo caso mancasse. Inoltre, il dritto di esser tutore o curatore era primamente daddovero un dritto di famiglia, un dritto del più prossimo agnato come tale. Onde i modi più importanti e più antichi, con che si deferiva la tutela e la curatela, la delazione per testamento e quella per legge, si annodavano immediatamente a' rapporti di famiglia, alla patria potestà ed all' agnazione, siccome dritti che ne derivano a pro del chiamato alla tutela od alla cura.

Noi troviamo senza dubbio aver la tutela e la curatela perduta via via alcuna parte del loro carattere primitivo, per lo quale eran esse un vero *dritto di famiglia* in favore di chi le esercitava. Laonde non pochi primitivi legami, che univano queste istituzioni alla *familia*, si sono rallentati. Ma da quell' ora tanto più si manifesta un altro punto di vista, con che la tutela e la curatela collegasi co' rapporti di famiglia. Intendiamo parlare di quella tendenza che in tutta la nuova legislazione romana, alla tutela ed alla cura dà per iscopo il bene ed il meglio di chi vi è soggetto, in qualità di *membro della famiglia ;* il perchè questa istituzione importa innanzi tutto l' obbligo degli altri membri di famiglia, come tali, di assistere tutoriamente quel dato congiunto che sia bisognevole di aiuto. Per tal modo la tutela prende il carattere di un *dovere di famiglia*, mentrecchè sempre il tutore o curatore, ancor quando non appartenga alla famiglia propriamente detta, sembra in certo modo siccome un rappresentante del *parens*, o d' altro più prossimo congiunto, destinato dalla legge ad assumere la cura del figliuolo che abbisogna di patrocinio.

Al modo stesso che nel nuovo dritto romano tutt' i rapporti di famiglia sono in generale più usciti dal cerchio de' dritti puramente unilaterali per rientrare in quello de' dritti e de' doveri reciproci, il medesimo avvenne della tutela e della curatela. Infatti esse formano perciò la sorgente di molti e svariati rapporti obbligatori tra l'amministratore e l' amministrato ; perciò sono anche sotto questo rapporto mentovate nel dritto delle obbligazioni, sotto la rubrica delle *obligationes quae quasi ex contractu nascuntur*. Nondimeno, quando occorre assegnare il posto che nel sistema del dritto romano aver debbano la tutela e la curatela, il principio d' obbligazione che daccanto ad esse ha vigore, rimaner deve, per così dire, nello sfondo del quadro, affinchè nella sua parte perspettiva si vegga il legame di famiglia siccome essenza e fondamento di esse. Imperocchè altrimenti quel proprio legame con la famiglia, che la tutela e la curatela hanno benanche nel nuovissimo giure romano e che esse, quando non deono tralignare, hanno da mantenere il più che si può in tutte le legislazioni positive,

sarebbe interamente perduto. Que' rapporti di obbligazione meramente di dritto privato non sono altro che una conseguenza più accidentaria, non iscopo, non germe, nè propria essenza della tutela e della cura.

Tutelam vel curam placuit, publicum munus esse. Pr., Inst., I, 25, de excus.

§. 183.

Specie della tutela e della curatela.

Il dritto romano non solo non distinse assai per tempo due specie d' istituzioni protettrici, la *tutela* e la *cura*, ma neanche ha un nome tecnico per comprendere tutto il concetto generico di tale protezione. Quel che ci è di comune alle due specie dimora nella su menzionata destinazione del tutore di rappresentare giuridicamente un *homo sui iuris* nell' interesse di lui od almeno in quello della sua famiglia là dove per la sua persona o pel suo patrimonio avesse bisogno di cotesto rappresentante. Però quel che caratteristicamente distingue la *tutela* dalla *cura*, sta, indipendentemente da certi punti piuttosto accidentari e non essenziali, parte nel fondamento della necessità di una rappresentanza di chi dev' essere assistito, parte nel modo più o men condizionato e nella forma di essa rappresentanza. Perocchè, oltre a più altre possibili manifestazioni dell' attività tutoria, ce n' ha una più che propria, sotto il nome di *auctoritatis interpositio*, per la quale la incompiuta volontà del pupillo deve compiersi in una forma prescritta con esattezza e rigore dalle leggi. Questa *auctoritatis interpositio* era sempre richiesta dal *tutor*, non mai dal *curator*. Perciò dicesi *tutela* quell' ufficio, nel quale il tutore, secondo la sua missione, deve interporre la sua *auctoritatem*, od almeno può darla quando ciò sembri necessario. Ogni tutela, nella quale resti esclusa in generale la giuridica possibilità di cotesta *auctoritatis interpositio*, chiamasi *cura*. Del rimanente queste due specie di tutela si accordano in questo, che la persona da tutelare può avere non solo uno ma più tutori ad un tempo, contutori o concuratori.

Sotto la tutela, come tale, stavano dapprima due classi di persone, per la ragione che in esse appunto si scorgeva una volontà incompiuta e perciò bisognevole di compiersi formalmente e rigorosamente da un tutore. Queste erano, a cagion della loro *età*, gl' impuberi maschi o femmine, poi, per cagione del *sesso*, anche le donne puberi.

I diversi casi principali, che rendevano necessaria o possibile la *cura*, saranno l' un dopo l' altro noverati qui appresso (1).

Transeamus nunc ad aliam divisionem personarum. Nam ex his personis, quae in potestate non sunt, quaedam vel in tutela sunt, vel in curatione, quaedam

---

(1) V. §. 190.

neutro iure tenentur. Videamus igitur de his, qui in tutela vel curatione sunt; ita enim intelligemus caeteras personas, quae neutro iure tenentur. Pr. Inst., I, 13, *de tutelis.*

Illud tenendum est generaliter, personale quidem munus esse, quod corporibus, labore, cum sollicitudine animi ac vigilantia solemniter extitit; patrimonii vero in quo sumptus maxime postulatur. Æque personale munus est tutela, cura adulti, furiosive, item prodigi, muti, etiam ventris, etiam ad exhibendum cibum, potum, tectum et similia. HERMOGENIANUS, fr. 1, §. 3 et 4, D., L. 4, *de munerib. et honoribus.*

TITOLO PRIMO.

LA TUTELA.

I.

IMPUBERUM TUTELA.

§. 184.

Idea di essa.

GAI. *Comm. lib. I*, §. 142, *seq. Inst., lib. I, tit.* 13, *de tutelis.*

Per antichissimo principio di dritto civile i cittadini romani, che erano *sui iuris* ma non ancora *perfectae aetatis*, cioè impuberi, *impuberes*, erano astretti a ricevere un tutore. Allora ei si chiamavano, in rapporto a questo tutore, *pupilli*, *pupillae*.

Quanto alla determinazione del confine che separava la impubertà dalla pubertà, i Romani, sebbene in ogni tempo avessero preso le mosse dallo svolgimento del corpo, stettero lungamente irresoluti, almeno pel sesso maschile, di avere a determinarla o guardando ad una valutazione individuale, od attenendosi ad una regola generale già preordinata. Giustiniano ha pel primo risoluta la quistione preferendo la regola generale; onde per essa gli uomini sono impuberi a' quattordici anni compiuti, le donne sino a' dodici.

Generalmente i Romani non isconoscono che l' idea fondamentale di sì fatta tutela su gl' impuberi già ritrovasi nel *ius gentium.* Nondimeno la dichiarano *iuris civilis* ne' principi più esatti che vennero fermando su di questa materia.

Tutela est, ut Servius definit, vis (ius ?) ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa. PAUL., in fr. 1, pr., D., XXVI, 1, *de tutelis.*

Sed impuberes quidem in tutela esse, omnium civitatum iure contigit, quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur. GAI., *Comm.*, I, §. 189.

Liberantur tutela masculi quidem pubertate. Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est, qui generare possit, Proculiani autem eum, qui quatuordecim annos explevit. Verum Priscus eum puberem esse, in quem utrumque concurrit, et habitus corporis et numerus annorum. ULPIANUS, fr., tit. XI, §. 28.

Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex abitu corporis in masculis aestimari volebant. Nostra autem maiestas dignum esse castitate nostrorum temporum bene putavit, quod in foeminis et antiquis impudicum esse visum est, id est inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere. Et ideo sancta constitutione promulgata pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum illico initium accipere disposuimus; antiquitatis normam in femininis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viripotentes esse creantur. Pr., Inst., I, 22, *Quibus modis tutela finitur.*

§. 185.

Determinazione della persona del tutore.

Inst., I, tit. 14, Qui testamento tutores dari possunt. — tit, 15, de legitima agnatorum tutela, — tit. 17, de legitima patronorum tutela, — tit. 18, de legitima parentum tutela, — tit. 19, de fiduciaria tutela, — tit. 20, de Atiliano tutore et eo qui ex lege Iulia et Titia dabatur, — Dig. lib. XXVI, tit. 2, de testamentaria tutela, — tit. 3, de confirmando tutore vel curatore, — tit. 4, de legitimis tutoribus, — tit. 5, de tutoribus et curatoribus datis ab his qui ius dandi habent, — tit. 6, Qui petant tutores et curatores et ubi petantur, — Cod., lib. V. tit. 28, de testamentaria tutela, — tit. 29, de confirmando tutore, — tit, 30, de legitima tutela, — tit. 31, Qui petant tutores vel curatores, — tit. 32, Ubi petantur tutores vel curatores.

Attesa la natura strettamente civile della *tutela*, non altri poteva essere tutore, eccetto che il cittadino romano. Però in certi casi, e per motivi particolari, vi avea de' cittadini, cui legalmente era interdetta l'accettazione di essa. Primitivamente ne furono sempre escluse tutte le donne conformemente al concetto fondamentale ed allo scopo della tutela medesima. Soltanto, dall'età degli imperatori, un'eccezione vi si fece a pro della madre e dell'avola del pupillo, le quali, sino a che erano e restavano vedove, doveano espressamente chiedere, come un peculiare favore, la tutela su i loro impuberi figliuoli o nipoti.

Solo in tal caso elleno devono sottomettersi a certe determinate restrizioni e doveri nell'interesse de' pupilli. Nel tempo primitivo non dipendeva dalla personale, individuale capacità ed abilità di una persona l'essere nominato tutore, essendochè la tutela non era che un puro dritto degli agnati; all'agnato inabile si dava soltanto qualcuno che amministrava per lui. Ma certo la cosa andò d'altra guisa quando la tutela fu considerata dal punto di vista di un *munus publicum*. Da quell'ora all'incapace di amministrare non si potè conferire una tutela.

La tutela di un dato pupillo non si affida a chiunque la voglia, ma solo a colui che nel modo già prescritto vi sia chiamato. *Delatio tutelae.* Questa delazione collegasi con più esattezza, secondo i suoi principî, con la delazione di una eredità, al modo stesso che in generale la tutela stava in istrettissimo legame colla possibilità di ereditare

in avveuire il patrimonio del pupillo, e in certa maniera nol si doveva assicurare che al tutore.

Iu primo luogo la tutela, conforme al suo scopo originario ed al suo carattere, deferivasi per ministerio di legge a que' congiunti maschi, che per cagione della loro prossimità di grado avrebbero avuto dritto alla successione del pupillo s' ei fosse venuto a morte. *Legitima tutela.* Quiudi iu origiue alla tutela di un nafo libero chiamavasi il suo più prossimo agnato. *Legitima agnatorum tutela.* Posteriormente mercè la consuetudiue e la *interpretatio* si aggiuuse la *patronorum, parentum, fiduciaria tutela.* Il pretore modificò significantemente il dritto della successione ab intestato chiamando a succedere anche i cognati. Ma ciò inuauzi tutto e per lungo tempo nou ebbe veruua influenza sulla delazione della tutela, giacchè questa era giudicata semplicemente secondo il dritto civile. Nel dritto Giustiuianeo, poichè fu al tutto mutato l'ordine delle successioni ab intestato per mezzo del *dritto civile*, ancor essi i cognati furono chiamati alla tutela. *Legitima cognatorum tutela.*

A quella guisa che dalle leggi delle XII tavole in poi può l'apertura della successione legale esser rimossa per virtù di un testamento, così per lo stesso principio il *parens* faceudosi a disporre nel suo testamento de' suoi averi, *pecunia*, può auche disporre della *tutela*, cioè a dire, destinare anzi tempo il tutore pel suo *filiusfamilias* impubere, che si trova sotto la sua immediata *potestas*. In virtù di questa *testamentaria tutela* (chiamata spesso in questo senso *dativa tutela*),egli esclude la *legitima tutela*. Quiudi l' aualogia e la simiglianza che intercedono tra la *testamentaria hereditas* e la *testamentaria tutela.* Epperò non altri, che quegli, il quale nel testameuto può istituirsi erede, può essere nominato tutore col testamento medesimo. Quiudi, la *testamentaria tutela* come la *testamentaria haereditas* intanto è esclusiva, in quanto che iusiem con essa uon può aver luogo la *legitima tutela.* Perciò ancora nessuno può nel testamento essere nominato tutore unicamente per affari speciali; ma sempre per l'intera ammiuistrazioue. Quindi finalmente, il *testamentarius tutor* ha preferenza assoluta su tutti coloro che sono chiamati per legge, e in generale vien per guisa peculiare favorito; il che parte si spiega per mezzo del dritto della *patria potestas*, parte mercè la naturalissima presunzione che il proprio padre, come quegli che vi ha il suo maggiore interesse, possa farne una scelta accurata quanto altra mai. Quando manchi qualcosa alle prescritte condizioni della *testamentaria tutela*, verbigrazia, quando il testameuto non sia valido, o il pupillo si trovi emancipato, ovvero se non il padre, ma la madre abbia uomiuato il tutore, tutta la nomiuazione alla tutela era priva di efficacia secondo l'antico diritto. Più tardi si accolse il priucipio, che siffatta nomina imperfetta potesse divenir valida almeno per la successiva conferma dell' autorità mediante un decreto, secondo le circostanze, *praevia causae cognitione.*

Se il padre uou ebbe cura di nominare un tutore nel suo testamento, nè trovisi un *tutor legitimus*, alcuni magistrati hanno il drit-

to, e, quante volte per mezzo di avviso o d'istanza fu a tal uopo richiamata formalmente la loro attenzione, anche il dovere di scegliere fra i cittadini romani un individuo idoneo e di nominarlo tutore. Questa è la *dativa tutela*, nel senso della parola generalmente usitato. Del resto, questo dritto di nomina che appartiene a' magistrati e che in origine non esisteva e segnatamente non risiedeva da sè nella *iurisdictio* od in altro *imperium* di un *magistratus*, non si è formato che ben tardi; non altrimenti che col procedere del tempo fu esso confidato a magistrati determinati per mezzo di molte *leges*, *senatusconsulta* e costituzioni imperiali. Di tal numero è la *lex Atilia*, la quale, per Roma, dà il dritto di nomina al *praetor urbanus* dopo aver consultata la *maior pars tribunorum plebis*, siccome stabile *consilium* del pretore negli affari di tutela. Alquanto più tardi la *lex Julia et Titia* per le province, accordò cotesto dritto al *Praeses provinciae*. Di qui il nome di *Atilianus tutor* per *dativus tutor*. Sotto il governo imperiale più altri *magistratus* furono autorizzati alla *datio tutorum*, e per lungo tempo v'ebbero eziandio speciali *praetores tutelares*. Inoltre, si è dalle leggi in molte guise provveduto perchè il magistrato sia avvertito di nominare un tutore, quante volte ciò sembri necessario. Poichè non solo è ognuno autorizzato ad avvertirnelo, ma anche dalla età di Settimio Severo alcuni prossimi congiunti del pupillo, specialmente la madre, l'avola ed i più prossimi eredi ab intestato, sono obbligati per legge di sollecitare, quando sia uopo, dal magistrato la nomina di un tutore fra il termine di un anno computabile dal momento che questa divenne necessaria indicando pure una persona idonea per tale ufficio. *Petitio tutoris*. Se costoro trascurano dolosamente questo dovere, perdono il loro dritto di successione nel caso che il pupillo si muoia prima della pubertà.

In generale i *tutores dativi*, specialmente gli *Atiliani*, sono nominati, di règola, per tutto il tempo della tutela. Pure per singoli casi e faccende possono esservi eletti temporalmente, in ispecialità quando sia dubbio se sarà il caso della *tutela testamentaria*.

Illud semper constitit, praesidem posse tutorem dare... Ignoranti et invito. GAI. et ULPIAN., fr. 5 et 6, D., XXVI, 5, *de tutoribus et cur. dat. ab his, qui ius dandi habent.*

Tutelam administrare, virile munus est, et ultra sexum foemineae infirmitatis tale officium est. ALEXANDER, c. 1, C., V, 35, *Quando mulier tutelae officio fungi potest.*

Matres, quae, amissis viris, tutelam administrandorum negotiorum in liberos postulant, priusquam confirmatio officii talis in eas iure eveniat, fateantur actis, sacramento praestito, ad alias nuptias se non venire. VALENT., THEODOS. et ARCAD., c. 2, C.. eod.

Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim tabularum, his verbis : *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*. Qui tutores dativi appellantur. ULPIAN., fr. IX, 14.

Permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare. Et hoc in filios filiasve procedit omnimodo, nepotibus tamen neptibusque ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si

post mortem eorum in potestatem patris sui non sunt recasuri. §. 3, Inst., I, 13, *de tutelis.*

Quibus autem testamento tutor datus non sit, his ex lege duodecim tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi... Quum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum, qui proximiore gradu sont, vel si eiusdem gradus sunt, ad omnes. Pr. et §. 7, Inst., I, 15, *de legitima agnatorum tutela.*

Ex eadem lege duodecim tabularum libertorum et libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quae et ipsa legitima tutela vocatur. Pr., Inst., I, 17, *de legitima patronorum tutela.*

Exemplo patronorum recepta est et alia tutela, quae et ipsa legitima vocatur. Nam si quis filium aut filiam. nepotem aut neptem ex filio et deinceps impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit. Inst., I, 17, *de legitima patronorum tutela.*

Est et alia tutela, quae fiduciaria appellatur. Nam si parens filium, vel filiam, nepotem, vel neptem vel deinceps, impuberes manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam, quo defuncto, si liberi virilis sexus extant, fiduciarii tutores filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, et caeterorum efficiuntur. Inst., I, 19, *de fiduciaria tutela.*

Ex his autem, quae de hereditate diximus et disposuimus, etiam ea, quae ad tutelam pertinent clara sunt. Sancimus enim, ut unusquisque eo gradu et ordine, quo ad hereditatem, vel solus, vel cum aliis vocatur, etiam munus tutelae suscipiat, neque ulla differentia, neque hac in parte ex iure agnationis, aut cognationis introducatur, sed omnes similiter ad tutelam vocentur, cum ii, qui per masculos, tum ii, qui per foeminas impuberibus iunguntur. Iustinianus, Nov. 118, c. 5.

Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem Romae a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis tutor ex lege Atilia; in provinciis vero a praesidibus provinciarum ex lege Iulia et Titia. Sed et si testamento tutor sub conditione aut die certo datus fuerat, quamdiu conditio aut dies pendebat, ex iisdem legibus tutor dari poterat. Item, si pure datus fuerat, quamdiu nemo ex testamento heres existat, tamdiu ex his legibus tutor petendus erat, qui desinebat tutor esse, si conditio extiterit, aut dies venerit, aut heres extiterit... Sed ex his legibus tutores desierunt pupillis dari, posteaquam primo consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare coeperunt, deinde praetores ex constitutionibus. Nam supra scriptis legibus neque de cautione a tutoribus exigenda, rem salvam pupillis fore, neque de compellendis tutoribus ad tutelae administrationem quidquam cavebatur. Pr. §. 1, 3, Inst., I, 20, *de Atiliano tutore.*

§. 186.

Uffici del tutore in generale.

Inst. lib. 1, tit. 25, de excusatione tutorum vel curatorum, — Dig. lib. XXVII, tit. 1, de excusat. tut. vel cur. — Cod. lib. V, tit. 62, de excusat. tut. vel cur. — Dig. lib. XXVII, tit. 2, ubi pupillus educari vel morari debeat et de alimentis ei praestandis — Cod. lib. V, tit. 49, ubi pupilli educari debeant. tit. 50, de alimentis pupillo praestandis, — Inst. lib. 1, tit. 21, de auctoritate tutorum — Dig. lib. XXVI, tit. 8, de auctoritate et consensu tutorum et curatorum — Cod. lib. V. tit. 59, de auctoritate praestanda.

Quegli che sa di essergli stata legalmente deferita una tutela, è, di regola generale, strettamente tenuto di assumerla senza mettervi alcuna dimora, giacchè da quell'ora comincia la sua responsabilità tutoria. Tuttavia, egli può per eccezione non accettarla, ove nel tempo

dalla legge prescritto esponga al magistrato competente uno dei motivi approvati espressamente dalle leggi in qnesta materia, *excusationes*; e lo dimostri nel debito modo infra nn altro termine similmente prefisso. Chi, come la madre e l' ava del pupillo, non è direttamente chiamato alla tntela, ma pnò solo dimandarla come un favore speciale, non ha bisogno naturalmente di alcnna *excusatio*.

L' ufficio del tntore, dopo di avere assunta la tutela, si estende ad una cnra generale tanto per la persona, quanto per gli averi del pnpillo. Dalla cnra immediata della sna educazione propriamente detta vien egli ordinariamente dispensato, in tutto od in parte, per effetto di speciali disposizioni del padre o del magistrato. A nutrire od a mantenere il suo pnpillo bisognoso non è mai tennto il tutore, come tale, co'propri snoi mezzi. E neppnr egli il pnpillo bene agiato ha una simile obbligazione inverso di lni.

Insino a che il pupillo è *infans*, non ha perancora giuridicamente nessuna volontà, e qnindi non può da solo eseguire alcnn atto. Laonde al tutore non rimane altro, che imprendere da sè stesso e solo, senza immediata cooperazione del pupillo, tntto ciò che è richiesto dall'interesse di lui, *negotia pupilli gerere*. Per contrario se l'*infans* fu uscito dall'età dell' *infantia*, giuridicamente, a dir vero, ha una volontà; se non che quante volte si tratti di obblighi da assnmere direttamente o indirettamente, cotal volontà è imperfetta ed ha bisogno di essere compiuta. A questo complemento serve l' *auctoritatis interpositio* già menzionata più sopra, per parte del tntore, in forza della quale egli imprende a trattare i negozi che occorrano insieme col pupillo, ma in gnisa che qnest' nltimo vi comparisce come la persona principale e, più che altri, interessata. *Tutor auctor fit negotio*. Con che si spiega eziandio la forma rigorosa e pecnliare, in cui deve interporsi l' *auctoritas* del tutore; forza è ch' ei sia presente, la dia nel tempo stesso, di viva voce e senza condizione di sorta; altrimenti non avrebbe efficacia. Onde procede ancora che negli affari, ne'quali egli stesso, sotto qualche rapporto, è come parte pecuniariamente interessato, non può efficacemente interporre l'*auctoritatem*, essere *auctor in rem suam*. Di regola generale, il solo tutore ha la scelta di oprare ed agire pel pnpillo, ovvero di lasciar ch'ei faccia da sè e di assisterlo soltanto per interporre la sua *auctoritas*. Tuttavia ciò soffre una naturale eccezione in que' negozi giuridici ed in quegli atti che, per l'indole rigorosa ch' è lor propria, non ammettono vernn procnratore, ma devono eseguirsi solamente dalla stessa persona del pupillo, *quia procuratorem non recipiunt* (1).

---

(1) Qui van ricordati gli atti che doveann eseguirsi con le forme solenni dell' antico dritto civile (L. 13, §. 10, Dig. *de acceptil.*; l. 13, D. *de manum.*; l. 17, §. 1, D. *de appell.*; l. 123, D. *de reg. iuris*; Ulp. fram. XI, 24), non che quelli che son necessarl per adire o rinunciare una eredità, n restituirla come fedecommesso (L. 90, pr. D. *de adq. her.*; l. 37, §. 1, D. *ad S. C. Trebell.*; l. 5, Cod. *de iure deliberandi*). Per simili atti il tutore dava la sua *auctoritas*, il curatore il suo *consensus*. Nel caso che vi fosse un *infans*, bisognava aspettare che egli nscisse d'infanzia. — *Il Trad.*

Se molti *contutores*, il che del tutto è in sè permesso, sieno costituiti l'uno accanto all' altro, ogni tutore ha facoltà, almeno secondo il nuovo dritto romano, di oprare da sè solo, senza consultar gli altri; la qual cosa per lo innanzi era solo conceduta a' tutori testamentari. Soltanto in que' negozi giuridici, con cui deesi por fine all' intera tutela, a mo' d' esempio, nell' arrogazione del pupillo, tutt' i tutori debbono oprar di conserva. Non di rado ad uno od a più contutori è data in preferenza l' amministrazione della tutela. Essi, in tal caso, diconsi *tutores gerentes*, in contrapposto degli altri che son detti *honorarii*. Anche quest' ultimi sono tutori responsabili, ed hanno segnatamente l'obbligo di sorvegliare continuamente, in certa maniera, i *gerentes*.

Ex quo innotuit tutori, se tutorem esse, scire debet, periculum tutelae ad eum pertinere. Ulpianus, fr. 5, §. 10, D., XXVI, 7, *de admin. et periculo tutor.*

Id enim a Divo Marco constitutum est, ut qui scit, se tutorem datum, nec excusationem, si quam habet, allegat, intra tempora praestituta, suo periculo esset. Ulpian., in fr. 1, §. 1, D., XXVI, 7, *de admin. tut.*

Excusantur autem tutores vel curatores variis ex causis. Plerumque autem propter liberos, sive in potestate sint, sive emancipati. Si enim tres liberos superstites Romae quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, a tutela vel cura potest excusari... Item Divus Marcus in semestribus rescripsit, eum, qui res fisci administrat, a tutela vel cura, quamdiu administrat, excusari posse. Item qui reipublicae causa absunt, a tutela vel cura excusantur... Qui autem excusare se volunt, non appellant: sed intra dies quinquaginta continuos, ex quo cognoverunt, excusare se debent, cuiuscunque generis sint, idest qualitercunque dati fuerint tutores, si intra centesimum lapidem sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt. Si vero ultra centesimum habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum et amplius triginta dierum, quod tamen, ut Scaevola dicebat, sic debet computari, ne minus sint, quam quinquaginta dies. Pr., §. 1, 2 et 16, Inst., I, 25, *de excusationibus tut. vel curat.*

Sed si egeni sunt pupilli, de suo eos alere tutor non compellitur. Ulpianus, fr. 3, §. 6, D., XXVII, 2, *Ubi pupillus educari.*

Tutoris praecipuum est officium, ne indefensum pupillum relinquat. Marcellus, fr. 30, D., XXVI, 7, *de admin. et peric. tut.*

Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt, et auctoritatem interponunt. Ulpian., fr. tit. XI, §. 25.

Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria. Ut ecce, si quid dari sibi stipuletur, non est necessaria tutoris auctoritas : quod si aliis pupilli promittant, necessaria est ; namque placuit meliorem quidem suam conditionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter, quam cum tutoris auctoritate... Tutor autem statim, in ipso negotio praesens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero, aut per epistolam interposita auctoritas nihil agit. Si inter tutorem pupillumque iudicium agendum sit, quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest, non praetorius tutor, ut olim, constituitur, sed curator in locum eius datur, quo interveniente iudicium peragitur, et eo peracto curator esse desinit. Pr., §. 2 et 3, Inst., I, 21, *de auctoritate tutorum.*

Et si conditionalis contractus cum pupillo fiat, tutor debet pure auctor fieri; nam auctoritas non conditionaliter, sed pure interponenda est, ut conditionalis contractus confirmatur. Ulpianus, §. 8, D., XXVI, 8.

§. 187.

Amministrazione del patrimonio, ed obblighi che ne risultano pel tutore in particolare.

Inst. lib. 1, tit. 24, de satisdatione tutorum vel curatorum — Dig. lib. XXVI, tit. 7, de administratione et periculo tutorum et curatorum — Cod. lib. V, tit. 37, de adm. et peric. tut. et curat, tit. 38, de periculo tutorum et curatorum — Dig. lib. XXVII, tit. 9, de rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt — Cod. lib. V. tit. 71, de praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis, tit. 72, quando decreto opus non est — Dig. lib. XXVII, tit. 3, de tutelae et rationibus distrahendis — Cod. lib. V, tit. 51, arbitrium tutelae — Dig. lib. XXVII tit. 4, de contraria tutelae et utili actione — Cod. lib. V, tit. 58, de contrario iudicio tutelae.

Nel tempo che la *tutela* era ancora un semplice *dritto* del tutore, questi amministrava gli averi del pupillo molto liberamente e senza limiti. Solo effettive *donazioni* di quegli averi gli erano assolutamente vietate. In ogni tempo però fu responsabile del *dolus*, che soggettavalo particolarmente all'*actio rationibus distrahendis* derivante dalle XII tavole. Ma posciachè prevalse il considerar la tutela siccome una carica pubblica, cotesta libertà di amministrazione, che il tutore si aveva, fu molto ristretta, e, in egual proporzione, ingrandita la responsabilità di lui.

Dapprima questo si appalesò specialmente nelle alienazioni de'beni del pupillo. Ed in vero da'tempi di Settimio Severo (*Oratio Severi*) certi immobili del pupillo, i *predia rustica* e *suburbana* non possono vendersi dal tutore, se non quando per decreto del magistrato, *praevia causae cognitione*, ciò venga dichiarato necessario, e per ciò specificatamente permesso. Da Costantino ed ancora più generalmente da Giustiniano questo divieto fu esteso a tutte le cose pupillari, salvo poche eccezioni. L'incremento che ebbe la responsabilità del tutore si manifesta soprattutto in ciò, ch'egli risponde ancora per la *culpa*, e che, finita la tutela, dee restituire i beni del pupillo, avendosi sott'occhi un inventario, che a tal fine deve compilare con l'intervento di persone pubbliche all'entrare in tutela, e in tal occasione dar conto a chi già fu suo pupillo di tutta l'amministrazione, presente il suo curatore.

A questo modo, da siffatta amministrazione si originano, a pro del pupillo contro colui che fu suo tutore, diverse obbligazioni, cui sogliono i romani, nel loro sistema delle obbligazioni, avvisare come derivanti *quasi ex contractu*. Se ne può chiedere lo adempimento dal pupillo contro il tutore per mezzo di una *tutelae actio* (*directa*), per analogia del mandato e della *mandati actio*. Per sicurtà del pupillo in questo rapporto servono sia la *cautio rem pupilli salvam fore*, cui, per l'editto del pretore, devono prestare i tutori all'entrare in carica, eccetto i *testamentari* e que'che siano da un superiore magistrato *cum inquisitione dati*. Di qui trae sua origine nel nuovo dritto romano quella ta-

cita ipoteca legale che per sicurezza de'dritti del pupillo derivanti dall'amministrazione della tutela colpisce tutto il patrimonio del tutore. Inoltre ci è l'*infamia*, di cui si minaccia il tutore effettivamente disleale (1). Se vi sono più tutori, tutti restano obbligati verso il pupillo quantevolte si possa muover loro il rimprovero di aver eglino stessi senza probità o con incuria amministrato, o di aver pretermesso di denunciare i *contutores* come sospetti, giusta il dovere che loro incombeva. Se tal rimprovero è meritato da tutti, tutti solidalmente ne restano pagatori. Compete pure al pupillo un'azione di risarcimento, *utilis actio tutelae*, sperimentabile contra il *magistratus* che si rese colpevole di negligenza nella nomina del tutore, ed in ciò che ei far dovea ad utilità dello stesso pupillo, sempre che dagli stessi tutori responsabili e loro fideiussori non possa aversi il ristoro del danno.

Per converso, ancor egli il tutore può talvolta per ragion della tutela acquistare de'crediti contro chi fu suo pupillo, massime a fin di essere indennizzato di certe spese o disgravato da certi incarichi che ei sopportò o tolse per lui. Per farli valere gli compete una *contraria tutelae actio*, pur essa derivante *quasi ex contractu*, e per l'analogia della *contraria mandati actio*. Per conto delle sue fatiche il tutore non ha, di regola, verun dritto da esercitare per avere un compenso, ma solo per eccezione, quando, cioè, per ispeciali motivi gli sia stato consentito dal padre del pupillo, o dal magistrato.

Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur? Et quamvis unus duplum praestiterit, nihilominus etiam alii teneantur. Tryphoninus, fr. 55, §. 1, D., XXVI, 7, *de admin. et peric. tut.*

Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica vel suburbana distrahere. Ulpian., fr. 1, pr. D., XXVII, 9, *de rebus eor. qui sub tutela vel cura sunt.*

Iam ergo venditio tutoris nulla sit sine interpositione decreti; exceptis his duntaxat vestibus, quae detritae usu, aut corruptae servando servari non potuerint. Animalia quoque supervacua minorum, quin veneant, non vetamus. Constantinus, c. 22, C., V, 37, *de admin. tutor.*

In omnibus, quae fecit tutor, quum facere non deberet, item in his, quae non fecit, rationem reddet hoc (tutelae) iudicio, praestando dolum, culpam, et quantam in rebus suis diligentiam. Ulpian., fr. 1, pr., D., XXVII, 3, *de tutelae et rationibus distrahendis.*

A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide praebere debet. Callistratus, fr. 33, pr., D., XXVI, 7, *de admin. et peric. tutor.*

Tutores quoque, qui tutelae iudicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur);

---

(1) Nella scala degli *officia* gli antichi ponevano in primo luogo il dovere di aver cura della persona e de' beni del pupillo: *Massurius Sabinus in libro iuris civilis: In officiis apud maiores nostros ita observatum est*, primum tutelae, *deinde hospiti, deinde clienti, tum cognato, postea affini.* Gell. N. A. V. 13.
Il Trad.

sed, quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu mutuae sunt actiones; non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelae actionem, sed et ex contrario tutor cum pupillo habet contrariam tutelae, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditori eius obligaverit. §. 2, Inst., III, 27, *de oblig. quasi ex contr.*

Illo procul dubio observando, ut non audeat tutor, vel curator, res pupillares vel adulti aliter attingere, vel ullam sibi communionem ad eas vindicare, nisi prius inventario publice facto secundum morem solitum res ei tradantur; nisi testatores, qui substantiam transmittunt, specialiter inventarium conscribere vetuerint. Sciturís tutoribus et curatoribus, quod, si inventarium facere neglexerint, et quasi suspecti ab officio removebuntur, et poenis legitimis, quae contra eos interminatae sunt, subiacebunt, et postea perpetua macula infamiae notabuntur, neque ab imperiali beneficio absolutione huiusmodi notae fruituri. Iustinianus, c. ult. §. 1, C., V, 51, *arbitrium tutelae.*

Ne tamen pupillorum pupillarumve et eorum, qui quaeve in curatione sunt, negotia a tutoribus curatoribusve consumantur, vel deminuantur, curat praetor, ut et tutores et curatores eo nomine satisdent. Sed hoc non est perpetuum. Nam tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est; item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisdatione non onerantur, quia idonei electi sunt. Pr., Inst. I, 24, *satisdat. tutor. et curat.*

Sciendum est autem, non solum tutores vel curatores pupillis et adultis caeterisque personis ex administratione teneri, sed etiam in eos, qui satisdationes accipiunt, subsidiariam actionem esse, quae ultimum eis praesidium possit afferre. Subsidiaria autem actio datur in eos, qui vel omnino a tutoribus vel curatoribus satisdare non curaverint, aut non idonee passi essent caveri. §. 2, Inst., eod.

Pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona, si debitores existant, tanquam pignoris titulo obligata, minores sibimet vindicare minime prohibentur. Constantinus, c. 20, C., V, 37, *de administratione tutorum.*

§. 188.

Cessazione della Tutela.

Inst. lib. I, tit. 22, quibus modis tutela finitur, tit. 26, de suspectis tutoribus vel curatoribus — Dig. lib. XXVI, tit. 10, de suspectis tut. vel cur.—Cod. lib. V. tit. 43, De susp. tut. vel cur. tit. 60, quando tutores vel curatores esse desinant.

Allorchè il pupillo sia morto, ovvero per una *capitis deminutio* ch'ei soffre, o per la pubertà cui pervenne, si trova in istato di non aver più bisogno di un tutore per l'avvenire, la tutela con tutta la sua causa naturalmente finisce.

Ei può benanche accadere che, mentre continua il bisogno di una tutela pel pupillo, solo la persona del precedente tutore, per qualche ragione, venga meno. In tal caso, almeno là dove soltanto un unico tutore vi era, forza è che subito un altro gli sia sostituito: la qual nomina, secondo il nuovo dritto romano, si fa sempre dal magistrato. La causa, per cui cessano gli uffici di un tutore, può essere o la morte di lui, od una *magna capitis deminutio* ch'ei soffra, e non già una *minima capitis*

deminutio, giacchè ancor esso un *filiusfamilias* può essere tutore; od in fine nna quale che siasi incapacità od inattitudine che si manifestò nel tutore medesimo poi ch'egli ebbe impreso ad amministrare la tutela. Specialmente si può, anzi devesi per qualsivoglia sospetto d'infedeltà procedere dal magistrato ad inquirere contro di lui, e, secondo che portano le circostanze, destituirlo, rimoverlo. Ciò può aver luogo a richiesta di chi sia tutore con esso, o di altri sendochè una tale *suspecti tutoris postulatio* è una *quasi publica accusatio*. Siffatta rimozione può aver lnogo eziandio di ufficio. Nel che, a dir vero, da una parte si adopera grande rigore nell'interesse così del pupillo, come dello Stato, in quanto che semplici irregolarità, senza cattiva volontà del tutore, legittimano una rimozione, e, provato che siasi il dolo, e'non potrà nemmeno sfuggire l' *infamia*. Dall' altra parte però, ove quell'interesse il consenta, si ha un tal quale riguardo indnlgente per la persona e per la famiglia di lui. Poichè, se quel tutore che divenne indegno od inabile sia il padre, ovvero un prossimo congiunto del pupillo, gli si lascia il titolo di tutore, e lo si pone in istato di non poter nuocere con aggiugnere un altro che in sua vece amministri. Soltanto la madre o l' avola, come tutrice, se avvien che si rimariti, è sempre rimossa dalla tutela. La dimissione volontaria della tutela, *abdicatio*, un tempo assolutamente libera, almeno pel tutore testamentario, non è, secondo il nuovo dritto, permessa al tutore che per motivi peculiari e dalla legge riconosciuti, e quivi pure ha da intervenire l'autorità.

Pnpilli pupillaeque, quum puberes esse coeperint, a tutela liberantur.

Item finitur tutela, si arrogati sint adhuc impuberes, vel deportati. Item si in servitutem pupillus redigatur, vel ab hostibus fuerit captus.

Simili modo finitur tutela morte vel tutorum, vel pupillorum. Sed et capitis deminutione tutoris, per quam libertas, vel civitas eius amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, legitima tantum tutela perit, ceterae non pereunt. Sed pupilli et pupillae capitis deminutio, licet minima sit, omnes tutelas tollit. Praeterea qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo, deponunt tutelam.

Desinunt autem esse tutores, qui vel removentur a tutela ob id, quod suspecti visi sunt, vel ex iusta causa sese excusant, et onus administrandae tutelae deponunt. Pr., §. 1-6, Inst., I, 22, *Quibus modis tutela finitur*.

Sciendum est, suspecti crimen ex lege duodecim tabularum descendere. Datum est autem ius removendi suspectos tutores Romae praetori, et in provinciis praesidibus earum et legato proconsulis. Ostendimus, qui possunt de suspecto cognoscere. Nunc videamus, qui suspecti fieri possunt. Et quidem omnes tutores possunt, sive testamentarii sint, sive non sint, sed alterius generis tutores: quare et si legitimus sit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? adhuc idem erit dicendum; dummodo meminerimus, famae patroni parcendum, licet ut suspectus, remotus fuerit.

Consequens est, ut videamus, qui possunt suspectos postulare. Et sciendum est, quasi publicam esse hanc actionem, hoc est omnibus patere. Quinimo et mulieres admittuntur ex rescripto Divorum Severi et Antonini, sed hae solae, quae, pietatis necessitudine ductae, ad hoc procedunt, ut puta mater; nutrix quoque et avia possunt; potest et soror. Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare... Suspectus est autem, qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo sit,

ut Iulianus quoque scripsit... Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est, si ob culpam, non aeque. Pr., §. 1, 2, 3, 5, 6, Inst., I, 26, *de suspectis tutoribus vel curatoribus*.

II.

MULIERUM TUTELA.

§. 189.

Gai. Comm. lib. 1, §. 190, sq.

Secondo l'antico dritto romano una donna, abbia pure toccata la pubertà, ha bisogno per cagion del suo sesso che un uomo l'assista, sotto il nome di tutore, per tutto il tempo che le duri la vita, salvo che non sia sottoposta ad un *ius*, a qualche potestà di famiglia, alla potestà patria, od alla *manus mariti*, e vi rinvenga chi la rappresenti.

Questo principio potrebbe avere non senza apparenza di verità il suo fondamento nell' idea della morale destinazione del sesso muliebre, e nel suo dicevole allontanamento dalle faccende civili, o nella esperienza che insegna non essere le donne ben atte a provvedere da sole a' propri negozî giuridici. Ma gli stessi romani, segnatamente Gaio, non occultano che la vera e propria ragione storica della *mulierum tutela*, conforme in tutto alla generale tendenza dell'antica *tutela*, dimora in considerazioni di familiari interessi degli agnati. Di fatti con ciò mediatamente s'impediva che i beni della donna escissero dalla famiglia, e fossero perciò sottratti in tutto od in parte alla legittima successione degli agnati.

Ciò mette in palese ancor l'indole tutta propria di questa *tutela perpetua mulierum*. Così in ogni tempo le vergini Vestali ne andarono esenti, appunto perchè in generale non succedevasi loro *ab intestato* dagli agnati. Con ciò, inoltre, si vede perchè questa *tutela* appartenesse, come dritto di famiglia, agli agnati più prossimi. Senonchè i tutori non aveano qui un dritto di amministrazione propriamente detto, ma solo la facoltà d' impedire che alcun atto importante da obbligare il patrimonio, alcuna alienazione fra vivi o per causa di morte potesse farsi dalla donna senza la loro *auctoritas*.

Questa *mulierum tutela* deferivasi in tutto come la *impuberum tutela*. Così il *parens* poteva col suo testamento nominare un tutore alla sua *filiafamilias;* il marito potea, testando, fare lo stesso per la moglie che avesse *in manu*. Anche la propria scelta del tutore, *tutoris optio*, poteva nel testamento rimettersi alla donna. In mancanza del *testamentarius tutor*, era, in conseguenza della *legitima tutela*, nominato tutore il più prossimo agnato maschile, e questi *legitimi tutores* apparivano alle donne molto più molesti che gli altri, siccome quelli che aveano un proprio e maggiore interesse di limitarle ne'loro atti. Finalmente, mancando ogni altra causa di delazione, avea pure qui luogo una *dativa tutela*.

Per seriosa che fosse stata anticamente cotesta tutela muliebre, nullameno essa perdette via via il suo primitivo carattere. Già la *lex Papia Poppaea* francò intieramente una gran parte di donne maritate da questa impacciativa sorveglianza, cioè quando esse aveano il *ius liberorum*. In ultimo s' immaginarono non pochi espedienti con molta arte congegnati a fin di liberarle almeno dalla legale e molestevole tutela degli agnati, e di procacciar loro de'tutori, ch'elleno eligerebbono, per guisa che poco o nulla ne soffrissero. Di tal numero è la *coemptio fiduciae causa, evitandae tutelae causa*, la *tutoris optio* con le varie sue forme, la *in iure cessio* della tutela, e così via via discorrendo. La *lex Claudia* diè fine in generale all'*agnatorum tutela* per le donne.

Posciachè per tal guisa la tutela delle donne divenne col tempo una forma vana, abusata e posta da'romani stessi in deriso, fu naturale vederla successivamente sparire al tutto insieme col suo nome sotto il reggimento imperiale, dopo Diocleziano.

Feminas perfectae aetatis in tutela esse, fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur. Nam, quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur, et aequum erat, eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur, quam vera. Mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam... Eaque omnia ipsorum (tutorum legitimorum) causa, constituta sunt, ut, quia ad eos intestatarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque, alienatis pretiosioribus rebus, susceptoque aere alieno, minus locuples ad eos hereditas perveniat. Gai., *Comm.*, I, §. 190 et 192.

Tutores constituuntur tam masculis, quam feminis; sed masculis quidem impuberibus duntaxat, propter aetatis infirmitatem, feminis autem tam impuberibus, quam puberibus, et propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam. Ulpian., fr. tit. XI, §. 1.

Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege, aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant, in contubernio alieni servi morari, si rem mancipi alienent. Ulpian., fr. tit. XI, §. 27.

Observandum praeterea est, ut, si mulier, quae in tutela sit, faciat testamentum, auctoribus iis, quos tutores habet, facere debeat; alioquin inutiliter iure civili testabitur. Gaius, *Comm.*, IV, §. 118.

Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt, et auctoritatem interponunt, mulierum autem tutores auctoritatem duntaxat interponunt. Ulpian., fr., tit. XI, §. 25.

Itaque si quis filio filiaeque testamento tutorem dederit, et ambo ad pubertatem pervenerint, filius quidem desinit habere tutorem, filia vero nihilominus in tutela permanet. Tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppaea iure liberorum a tutela liberantur feminae. Loquimur autem exceptis virginibus Vestalibus, quas etiam veteres in honorem sacerdotii liberas esse voluerunt; itaque etiam lege duodecim tabularum cautum est. Gai., *Comm.*, I, §. 145.

In persona tamen uxoris, quae in manu est, recepta est etiam tutoris optio, id est, ut liceat ei, quem velit ipsa, tutorem sibi optare hoc modo: *Titiae, uxori meae, tutoris optionem do.* Quo casu licet uxori vel in omnes res, vel in unam forte, aut duas optare. Caeterum aut plena optio datur, aut angusta. Gai., I, §. 150, et 151.

Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed e-

tiam cum extraneo... aut matrimonii causa facta coemptio dicitur, aut fiduciae... Quae vero alterius rei causa facit cum extraneo, velut tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem. Quod est tale. Si qua velit, quos habet tutores, reponere, ut alium nanciscatur... coemptionem facit, deinde a coemtionatore remancipata ei, cui ipsa velit et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est, qui tutor fiduciarius dicitur. Idem, I, §. 114 et 115.

Sed olim quidem, quantum ad legem duodecim tabularum attinet, etiam feminae agnatos habebant tutores. Sed postea lex Claudia lata est, quae, quod ad foeminas attinet, agnatorum tutelas sustulit. Idem, I, §. 157.

TITOLO SECONDO.

LA CURA O CURATIO.

§. 190.

Inst., lib. 1. tit. 23, de curatoribus. Dig. lib. XXVII. tit. 10, de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis. Cod. lib. V. tit. 70, de curatoribus furiosi vel prodigi.

Le varie specie di *cura* si son venute a poco per volta svolgendo secondo che se ne facea sensibile il bisogno; alcune assai per tempo, forse contemporaneamente alla *tutela;* altre molto più tardi.

Quella che tutte le precede, si è la *cura furiosorum* con la *cura prodigorum, quibus a praetore bonis interdictum est,* esemplata in parte su di essa.

La *cura minorum viginti quinque annis*, la *cura* su i minori, è di origine meno antica. Essa rannodasi, secondo il suo primo fondamento, alla *lex Plaetoria*, la quale, per impedire i subdoli maneggi, già sì frequenti a danno di coloro che erano *puberes*, ma non peranco aveano varcato i venticinque anni, costrinseli per guisa indiretta a farsi dare per molti casi un curatore dal magistrato per esserne assistiti. Per tal modo nessuno si sarebbe facilmente indotto a contrattare con essoloro; conciossiacchè, giusta la *lex Plaetoria*, chi conchiudeva certi negozi giuridici con un minore senza l'intervento del curatore, si esponeva ad una inquisizione criminale, e, in seguito di essa, all'*infamia* ed a certe altre pene. Sebbene questa legge Pletoria venne dappoi in desuetudine, nondimeno sotto Marco Aurelio erasi già posto il principio, di potere e dovere i minori farsi dare dal magistrato un curatore, anche indipendentemente da cotesti motivi particolari, eziandio *non redditis causis*. Eglino han bisogno dell'assistenza di lui, *consensus*, non per tutt'i negozi giuridici obbligatori, ma per certi affari ben determinati dalle leggi a fin di conchiuderli con piena efficacia; in ispecialità quando si tratti di fare un giudizio, e del conto che dar deve un tutore che esca di ufficio, e della restituzione del patrimonio amministrato da lui. Per tal guisa erano indirettamente costret-

ti a richiedere di un curatore il magistrato, almeno per tai singoli atti giuridici, quando non preferissero di farsi dare un curatore permanente. E non ad altri che a simili curatori permanenti vuolsi accennare quando si dice: *inviti minores curatores non accipiunt.*

Oltre a'casi qui mentovati, e'può benanche, secondo il nuovo dritto romano, avvenire che con una precedente *causae cognitio* dalla pubblica autorità diasi un curatore ad una persona inferma, o ad un patrimonio che non abbia chi l'amministri. Anche gl'impuberi possono, secondo le circostanze, in vece del tutore, ed ancor sovente insieme col tutore stesso, avere un curatore proprio per dati affari transitorî, ne'quali veramente ci sia bisogno di un'assistenza tutoria, ma non già di un' *auctoritatis interpositio.*

Furiosi quoque et prodigi, licet maiores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum, ex lege duodecim tabularum. Sed solent Romae praefectus urbi, vel praetores, et in provinciis praesides ex inquisitione eis curatores dare.

Sed et mente captis, et surdis, et mutis, et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt. §. 3 et 4, Inst., I, 23, *de curatoribus.*

De curatoribus vero, quum ante non nisi ex lege Plaetoria, vel propter lasciviam, vel propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis. Capitolinus *in Vita M. Antonini Philosophi*, cap. 10.

Et ideo hodie in hanc usque aetatem adolescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio eis committi debebit, quamvis bene rem suam gerentibus. Ulpian., fr. 1, §. 3, D., IV, 4, *de minoribus.*

Masculi puberes et feminae viri potentes usque ad vigesimum quintum annum completum curatores accipiunt, qui, licet puberes sint, adhuc tamen eius aetatis sunt, ut negotia sua tueri non possint...

Inviti adolescentes curatorem non accipiunt, praeterquam in litem. Curator enim et ad certam causam dari potest.

Interdum autem et pupilli curatores accipiunt, ut puta si legitimus tutor non sit idoneus, quia habenti tutorem tutor dari non potest. Item, si testamento datus tutor, vel a praetore, vel a praeside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret, solet ei curator adiungi. Pr., §. 1, 2 et 4, Inst., eod.

§. 191.

Principii generali sulla cura.

Il curatore dev'essere capace di assumere la curatela non altrimenti che il tutore. Solo, per vero, certe cause, che rendono incapace ad interporre l'*auctoritas* ma non di amministrare, avvegnacchè si oppongano all'accettazione della *tutela*, non perciò impediscono la capacità di essere curatore; sendochè questi in generale non ha mai da interporre veruna *auctoritas*.

La *cura* non fu mai deferita *ex testamento;* ma, secondo l'antico dritto, la si deferiva *ex lege* agli agnati e gentili pe' folli e pei

prodighi. Nonpertanto, secondo il dritto romano nuovissimo, ogni *cura*, senza eccezione, apparisce sempre come *dativa*, nel senso cioè che qualsivoglia curatore ha bisogno di averne la nomina dal magistrato. Il quale, però, baderà specialmente a farne la scelta infra i più prossimi congiunti di chi abbisogna di un curatore, e nominar tra essi quello che abbia la debita capacità.

Nè meno una *cura* deferita si può rifiutare se non vi siano motivi legalmente riconosciuti, e che in gran parte sono gli stessi come nella tutela.

I doveri e gli uffici del curatore si determinano pria di tutto molto naturalmente secondo la specie della *cura* che gli si confida. Ora ei deve amministrare un patrimonio universo; ora dare soltanto il suo consenso per singole faccende; ora infine ha da avere in un medesimo cura della persona dell' amministrato. Non mai deve interporre l' *auctoritas*, appunto perchè è curatore, non tutore. Come quest' ultimo, egli è responsabile; deve parimenti render conto a colui che gli fu affidato, e va soggetto alle medesime restrizioni, obblighi ed azioni di pari che il medesimo tutore.

Quanto al modo onde finisce la *cura*, diciamo aver esso una grande simiglianza con quello per cui si dà fine alla *tutela*. Poichè ancor qui, ora la curatela finisce col finir della sua causa, per esempio, col cessare della demenza, con la rivocazione della interdizione ordinata dal giudice, col cessare della *minor aetas*, ora, mentre perdura la cagione e 'l bisogno di essa cura, vien meno soltanto la persona dell'attuale curatore. Sol questo di speciale si nota, che la *cura minorum* può finire non pure col venir del tempo dalla legge prescritto, ch'è quanto dire, al vigesimoquinto anno compiuto, ma anche, giusta una disposizione dell'imperatore Costantino, pria di tale età secondo le circostanze, in virtù di un imperiale rescritto di grazia, per conceduta *venia aetatis*.

Dantur autem curatores ab iisdem magistratibus, a quibus et tutores. Sed curator testamento non datur; sed datus confirmatur decreto praetoris, vel praesidis. §. 1, Inst., I, 23, *de curatoribus*.

Omnes adolescentes, qui honestate morum praediti paternam frugem, vel avorum patrimonia gubernare cupiunt, et super hoc imperiali auxilio indigere coeperint, ita demum aetatis veniam impetrare audeant, quum vigesimi anni metas impleverint; ita ut post impetratam aetatis veniam iidem ipsi, per se principale beneficium allegantes, non solum per scripturam annorum numerum probent, sed etiam testibus idoneis advocatis morum suorum instituta probitatemque animi et testimonium vitae honestioris edoceant. Constantin., c. 2, C., II, 45, *de his, qui veniam aetatis*.

LIBRO QUINTO.

TEORIA DELLA TRASMISSIONE EREDITARIA, O DELLE SUCCESSIONI IN CASO DI MORTE.

§. 192.

Luogo che questa teoria occupa nel sistema.

Più sopra noi mentovammo, così di passata, la eredità e le successioni in caso di morte, e demmo loro il posto che occupano nel sistema giuridico romano, cioè nella teoria dell' acquisto della proprietà, come *per universitatem adquisitiones*. La ragione, per cui ivi ci restammo dal darne la particolareggiata trattazione, di che ora ci tocca di dover discorrere, è, che il dritto successorio si riferisce all' intera personalità di un uomo con tutt' i rapporti non pur reali, ma personali, e che si fondano su questa personalità e con essa inseparabilmente si annodano. Onde quest' esso (il dritto di successione) non si può abbracciar tutto intero e comprendere nel vero suo spirito se prima non siano pienamente svolte ed esposte le altre parti del dritto concernente il patrimonio.

Tutta la dottrina delle successioni in caso di morte si può nel modo più semplice partire ne' seguenti tre ordini o rubriche: teoria della successione ereditaria propriamente detta, teoria de' legati e de' fedecommessi, e teoria di certe altre successioni, le quali si riferiscono, gli è vero, medesimamente al caso di morte, ma non rientrano nell' idea della eredità propriamente detta, nè sotto quella de' legati e de' fedecommessi, benchè abbiano somiglianza or con l' una ed ora con l' altra.

SEZIONE PRIMA.

TEORIA DELLA SUCCESSIONE EREDITARIA PROPRIAMENTE DETTA.

CAPITOLO PRIMO.

INTRODUZIONE GENERALE AL DRITTO DI SUCCESSIONE EREDITARIA.

§. 193.

Della eredità in generale, in contrapposto de' legati.

Quando un uomo già dotato di capacità giuridica si muore, tutt' i rapporti di dritto, ne' quali vivendo ei si trovò sino all' istante della sua morte, così i dritti, come le obbligazioni, si estinguono necessariamente per lui, in quanto è fisicamente impossibile ch' essi per-

durino per la sua persona. Ma non segue punto da ciò, che ancora tutti quei rapporti di dritto si estinguano del tutto con colui che già li possedeva, e che in ispecialità le cose di lui vengano, come *res nullius*, abbandonate all' occupazione di chicchesivoglia. Avvegnachè di cotesto primitivo e barbaro istitnto si trovino nel più antico evo dello Stato romano alcune orme non insignificanti, pure esso dovè ben presto cedere all' idea che sempre più compiutamente svolgeasi di un *dritto di eredità* bene ordinato. Questo dritto si fonda su di un' idea molto natnrale e che si scorge a primo, ed è, che certe persone ancor viventi devono essere chiamate, per determinate ragioni giuridiche, ad entrare ne' rapporti giuridici cbe il defunto lasciò vacanti, a prendere quel che era suo, a succedergli. Solo in vero in queste cose da redarsi, nell' *universum ius, quod defunctus habuit*, non altro va compreso in generale, eccetto che i *rapporti concernenti i beni*, ne' quali ei si trovava al momento della sua morte, tanto, cioè, i dritti di patrimonio, quanto i doveri e i debiti che lo stesso patrimonio concernono. I rapporti giuridici che risguardano solamente la *persona*, come tale, i rapporti di famiglia, non meno che quelli di dritto meramente pubblico non si trasmettono per successione ereditaria, ma come que' che sono *rapporti giuridici altissimamente personali*, si estingnono in nn medesimo con chi li godeva. Lo stesso accade, per via di eccezione, di certi rapporti concernenti il patrimonio, sendochè espressamente, quanto alla loro durata, sono dalle leggi assolutamente definiti come inseparabili dal determinato soggetto al quale si conferirono, creditore o debitore cb' ei sia. In ogni caso soltanto veri rapporti di dritto, come tali, formano l'oggetto di una successione. Il possesso, la *possessio*, non ostante il suo svariato legame co' rapporti di dritto, specialmente con la proprietà, non è, nella sua essenza fondamentale, un dritto, ma solo un rapporto di fatto; e però, come tale, non mai trapassa all' erede e successore del defunto, ma può e deve sempre riprendersi dallo stesso successore.

Cotesta successione in caso di morte si lascia per duplice guisa raffigurare.

E primamente, come *per universitatem successio*. Quindi tutt' i dritti trasmissibili per sneccessione e che il defunto lasciò, vengono considerati come nn tntto ginridicamente compatto, come nna universalità di dritto, che rappresenta la *personalità* del defunto stesso per rispetto al suo *patrimonio*, e sotto questo rapporto soglion chiamarsi *omnia bona, omne ius, patrimonium, familia defuncti, eredità* propriamente detta. Chi è chiamato a continuare giuridicamente la *personalità* del defnnto quanto al suo *patrimonio*, e perciò a raccoglierlo tutto intero, dicesi *erede*, e il suo dritto a succedere, *successio*. Questo vero erede, appunto perchè è *successor per universitatem*, vien anche nel fatto considerato come rappresentante del defunto, continuatore della sna persona giuridica patrimoniale, e per questa ragione, al modo stesso cbe i dritti di patrimonio ed i crediti, ancor essi tutt' i debiti del defunto trapassano in lui. Imperocchè anche i debiti fan parte dei

bona nel senso giuridico, e concorrono a formare la personalità del defunto.

Secondamente, una successione in caso di morte si può raffigurare altresì come una semplice *singularis successio*. La quale consiste in ciò, che una persona vien chiamata a raccogliere soltanto singoli beni del defunto, senza che per questo ei lo rappresenti giuridicamente nella guisa già detta di sopra.

Il dritto romano riconosce due specie di successione in caso di morte, per modo che trattandosi di un asse ereditario lasciato da una medesima persona, ora ci può essere una sola di queste successioni, ora simultaneamente tutte e due. Ma quando ha luogo una sola, questa non può essere altro che la *successio per universitatem*, la successione propriamente detta. Poichè le successioni singolari, che il dritto romano fa valere pel caso di morte, presuppongono, perchè sieno efficaci, una successione propriamente detta, alla quale si riferiscano, suppongono insomma una eredità, dalla quale esse devono *staccarsi*, e che son destinate a *diminuire*. La ragione n'è semplice ; chè non può discorrersi di singole parti di un patrimonio se non si presupponga che la personalità, quanto al patrimonio stesso, preso come un tutto, sia conservata.

Adunque, per prima cosa, qui viene il dover discorrere della *successio ereditaria*. Circa le successioni singolari, esse troveranno il loro posto dopo la trattazione della successione propriamente detta. Coteste successioni singolari nel dritto romano, poichè si fondano sempre su di una disposizione di ultima volontà del testatore, che *lascia* singole parti del suo patrimonio a certe persone, e per tal modo van divise dal resto della eredità, sogliousi addimandare *legati* o *accettazioni* di un *legato*.

Nihil aliud est hereditas, quam successio in universum ius, quod defunctus habuit. GAIUS, fr. 24, D., L, 16, *de verb. sign.*

Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt, universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui, suscipiturque eius rei commodum et incommodum. Nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, sive in corporibus sunt, sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur. ULPIAN., fr. 3, D., XXXVII, 1, *de bonor. possessionibus.*

Heres in omne ius mortui, non tantum singulorum rerum dominium succedit, quum et ea, quae in nominibus sunt, ad heredem transeant. POMPON., fr. 37, D., XXIX, 2, *de adquir. vel omitt. hered.*

Cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia quidem iura ad nos transeunt, possessio tamen, nisi naturaliter adprehensa, ad nos non pertinet. JAVOLENUS, in fr. 23, pr. D., XLI, 2, *de adquir. vel omitt. poss.*

Creditores hereditarios adversus legatarios non habere personalem actionem convenit ; quippe quum evidentissime lex XII tabularum heredes huic rei faciat obnoxios. DIOCLETIANUS et MAXIM., c. 7, C., IV, 16, *de hereditariis actionibus.*

§. 194.

Condizioni essenziali di ogni successione ereditaria.

Avanti che una persona si muoia non si può discorrere, come è naturale, di un acquisto de' suoi beni per successione. *Viventis nulla est hereditas*. Ma, pur quando un uomo sia morto, non è possibile una trasmissione di eredità se egli non lasci realmente una *successione* de' *bona*, ne' quali devesi succedere. Il che importa che ei debba essere stato durante la sua vita e persino al momento della sua morte rivestito di una personalità per rispetto a'beni, la quale, come dicemmo, forma l'obbietto del dritto di successione ereditaria, e perciò è d' uopo ch' ei sia stato giuridicamente capace di avere un patrimonio. Per contrario gli è al tutto indifferente pel generale concetto di tale successione che il defunto lasci un grande o piccolo retaggio, ovvero che il passivo sia maggiore dell' attivo. Non altro va richiesto che la giuridica capacità di avere un proprio patrimonio. Quindi non mai il *servus*, e almeno ne' primi tempi, pria dell' introduzione de' liberi peculî, niun *filiusfamilias* poteva lasciare una successione.

Un' altra condizione per esservi successione ereditaria si è, che colui, il quale deve raccoglierla, abbia, in generale, *capacità di succedere*, e sia stato, in particolare, chiamato alla successione di che si tratta, intantochè gliela fu *deferita*, offerta per maniera riconosciuta ed approvata dalle leggi.

Il dritto romano riconobbe ben presto due modi diversi di delazione di una eredità, e determinò nettamente i loro reciproci rapporti. In prima, la eredità può essere deferita a colui che il testatore nominò per suo erede in un atto di ultima volontà validamente compilato a tal fine, *testamentum*. Questa è la delazione della eredità *ex testamento*. Ma pel caso, in cui il defunto non testò, ovvero non fece valido il suo testamento, per guisa che morì *intestatus*, la eredità, secondo una generale disposizione di legge, vien deferita a certe persone che gli siano più strette per parentela o per altro modo, ed alle quali può presumersi lui aver voluto che i suoi beni fossero pervenuti meglio che ad altri. Questa è la delazione della eredità *ex lege, seu ab intestato*.

Ambedue queste specie di delazione non possono coesistere insieme per una stessa successione, ma l' una esclude l'altra. *Nemo (paganus) pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. Il che non solo procede da una rigorosa interpretazione delle XII tavole, ma discende altresì dal naturale concetto del testamento e della eredità testamentaria. Poichè, chi fa un testamento, istituisce un *heres*; ora l' *heres* è solamente colui, *qui succedit in omne ius defuncti*, cioè a dire, quegli che è chiamato a raccogliere tutto ciò che ha lasciato il defunto.

A ciò si riferiscono altresì nel dritto romano le diverse vie, per le quali si può pervenire alla successione: 1.° in virtù di un testamento; 2.° nell' assoluta mancanza di un simile atto, per generale disposizione di legge; 3.° in fine, talvolta, per una via del tutto speciale, nè per virtù del testamento, nè per successione *ab intestato*. In fatto e' può seguire che, sebbene vi sia un testamento valido, il quale a voler essere rigorosi, dovrebbe servir di norma per la successione, pur nondimeno certi parenti del defunto, che vi furono ingiustamente omessi, o mal considerati, abbiano facoltà, dopo la morte di lui, ad impugnare e convellere il testamento medesimo. Eglino in tal caso succedono; ma non direttamente per volontà del testatore, nè direttamente per opera della legge, la quale suppone per appunto la mancanza di un testamento valido; bensì succedono per mezzo della *rottura del testamento* che vien loro conceduta: onde, veramente parlando, vengono nella eredità *contro il contenuto di un valido testamento*. Tutto ciò non è da confondere con una riunione della delazione testamentaria e della delazione *ab intestato* in una medesima successione.

Qui hereditatem adire, vel bonorum possessionem petere volet, certus esse debet, defunctum esse testatorem. Paul., fr. 19, D., XXIX, 2, *de adquir. vel omitt. hered.*

Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi. Ter. Clemens, fr. 151, D. L, 16, *de verb. sign.*

Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. Ulpian., fr. 39, D., XXIX, 2, *de adquir. vel omitt. hered.*

Neque enim idem ex parte testatus, et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur. §. 5, Inst., II, 14, *de heredibus instituendis*.

§. 195.

La hereditas *e la* bonorum possessio *ne' loro reciproci rapporti*.

Gai. *Comm. lib. III*, §. 25, *seq.* — *Inst. lib. III, tit.* 9, (10) *de bonorum possessionibus* — *Dig. lib. XXXVII, tit.* 1, *de bonorum possessionibus* — *Cod. lib. VII, tit.* 9, *qui admitti ad bonorum possessionem possunt et intra quod tempus* — *Dig. lib. XLIII, tit.* 2, *quorum bonorum* — *Cod. lib. VIII, tit.* 2, *quorum bonorum.*

Di pari che molti istituti del dritto romano, ancor esso il dritto di successione, tal quale lo si trova nell'ultimo sno stato, è provvenuto da una fusione dell'antico e rigoroso dritto civile col nuovo dritto pretorio. Diciamo onde e come venne.

Il sistema di successione del dritto civile, che solo primitivamente vigesse nello Stato romano, si addimandava *hereditas*, e fondavasi in parte sulle XII tavole, in parte sulle posteriori leggi civili che seguitarono a compierne logicamente la dottrina. Le voci *hereditas* ed *heres*, che con *herus* (*dominus*) han radice comune, accennano ad un più che compiuto entrar dell' erede nel vacante patrimonio del defunto, segnatamente per ciò che concerne le cose corporee della eredità,

ad un vero dritto di proprietà quiritaria, acquistabile per mezzo di successione, siccome il solo dritto civile poteva accordarlo. Questa *hereditas* era deferita ne' due modi mentovati più sopra, *ex testamento* od *ex lege*. A' quali due modi di delazione, pria di tntto e soltanto erano di base le idee dell' antico dritto civile sulla possibilità ed opportuno ordinamento della successione ereditaria; e tutto il loro rigoroso svolgimento non fn moderato che da' bisogni di qne' tempi.

Ma appnnto per ciò si videro di mano in mano non poche durezze e lacune nell' applicazione che si faceva di qne' principî di dritto civile rigoroso, i quali in parte non rispondevano più co' mutati bisogni e colle nnove condizioni de' tempi. La qual cosa scorgevasi primamente nel dovere con tutto rigore osservare certe formalità legalmente prescritte ; poscia in qnesto; che il ginre civile nessnn dritto di succedere accordava a certe persone, le quali erano ben meritevoli di non essere dimenticate. Finalmente non provvedevasi da per tntto bastevolmente agl' interessi ed al patrocinio de' dritti degli eredi civili, degli *heredes*. A porvi rimedio il pretore cominciò ben presto dal gittar le basi di un nuovo sistema di successione, più attemperato a' bisogni de' tempi, e che ebbe nome di *bonorum possessio*, e che si è disvolto lentamente pria che, abbracciando in sè tutto intero il dritto di snccessione, potè toccare a quella perfezione, nella quale lo troviamo. La stessa voce *possessio* comprova che con essa dovette essere per gli eredi stabilito un rapporto men rigoroso di successione e di patrimonio, e che riposava non tanto sul *ius civile*, quanto sul *ius gentium*.

Tutta questa istituzione ebbe, come pare, il suo cominciamento nel modo che segue. Il pretore (ne' casi non infrequenti a qne' tempi in cui, secondo il dritto civile, non vi erano successori idonei, *heredes*), per istanza che gli si faceva, accordava il permesso di entrar nella *possessione* della eredità priva di eredi, de' *bona*, per motivi di equità a que'congiunti, i qnali, sebbene non fossero chiamati dal dritto civile, pure a lui parea che avessero giuste ragioni ad esser posti in possesso. *Praetor dabat bonorum possessionem*. Nel tempo stesso ei rimoveva ogni ostacolo e metteva effettivamente questi *bonorum possessores* nel possesso de' beni che avea loro accordato, con un mezzo pretorio speciale, con l' *interdictum quorum bonorum* (1). Qnesta *bo-*

---

(1) La espressione che qui adopera l'autore sembra poco esatta od almeno non lucida molto. Ei dice (pag. 182): *Zugleich schützte der Prätor diese bonorum possessores durch ein eigenes prätorisches Rechtsmittel, durch das interdictum quorum bonorum, in dem ihnen gevvährten Besitze des Nachlasses*. Il che farebbe credere che il pretore fosse uso di proteggere con quell' interdetto coloro che già avessero acquistato il possesso. Questo interdetto era un *interdictum adipiscendae possessionis*, concesso a coloro, *qui ante non sunt nacti possessionem;* competente a chi fu promessa la *bonorum possessio* a fin di farsela rendere, e sperimentabile contra colui che *pro herede aut pro possessore possideat* ; sicchè se realmente si fosse acquistato il possesso, e poscia perduto, non si sarebbe potuto far più uso di tale interdetto, ma sì di que' che si addimandavano *uti possidetis* o *utrubi* (Vedi Gaio, III, 34, IV, 144, §. 3, Inst., IV, 15 —

norum possessio si dava poi con tanto meno esitazione, quantochè allora lo Stato non avea veruna pretensione ne' beni rimasti senza eredi, ed i creditori del defunto non potevano non trarne profitto, sendochè essi rivolgevansi così al successore determinato, siccome al loro attuale debitore, a fin di averne la satisfazione de'loro crediti. Ma nel corso de' tempi il pretore si fece ad accordare cotesta *bonorum possessio*, ancorchè non mancasse alcun erede civile atto a succedere, eziandio a certi parenti del defunto, omessi dal dritto civile, i quali gliene facessero istanza, e che paressero a lui, secondo le circostanze, meritevoli di sì fatta concessione. Egli allora li immetteva nella *bonorum possessio*, giusta il contenuto di quella parte del suo editto, che trattava di un ordine di successione da osservare, del *successorium edictum*, ora preferendoli agli eredi civilmente atti a succedere, ora insieme con cotestoro, secondo che pareangli più prossimi al defunto o provveduti di ragioni più salde e decisive.

Dapprima il pretore, senza porre nell' editto un principio stabile, generale e per tutte le volte fermato, ma col seguire l' impulso di un sentimento giuridico meramente momentaneo, cominciò dall' accordare con singoli decreti la *bonorum possessio* a coloro che la chiedevano e per ogni caso particolare, *causa cognita pro tribunali. Decretalis bonorum possessio*. Poi si formarono di mano in mano e per l' esperienza e per pratiche non mica interrotte nelle successive preture, regole e principî che stabilivano chi, in qual ordine ed in quali intervalli di tempo dovesse avere la *bonorum possessio*. Questi principî furon poscia accolti stabilmente nello stesso editto, e per tal guisa nacque la *edictalis bonorum possessio* così detta, perchè colui, a favore del quale era ammessa, col semplice richiamo alle parole della regola generale fermata nell' editto, poteva in ogni singolo caso pretenderla senza che vi fosse bisogno di una peculiare concessione per mezzo di un decreto giudiciale. Così, fuor d' ogni dubbio, nel corso de'tempi si fecero vie più sempre rari i casi, ne' quali fosse pur mestieri della *decretalis bonorum possessio*, ma non sì che restasse affatto dismessa.

Il pretore, fedele com' era alla sua tendenza generale, nello svolgimento di quel suo nuovo sistema di successione, si atteneva eziandio quanto potè più alla *hereditas* già esistente, per guisa che la *bonorum possessio* a malgrado di quel suo novo, proprio e più che discordante indirizzo, pure non si appresentava sempre che come un'ampliamento, una modificazione di detta *hereditas*, conformevole a'bisogni de'tempi. Quindi ancora per la *bonorum possessio* vi è quella stessa triplice delazione che più sopra mentovammo (§. 194), cioè per testamento, *ab in-*

---

§. 5, Dig. XLIII, 2, — §. 5, Cod. VIII, 2). Vi era pure il così detto *remedium ex L. ult. Cod. de edicto D. Hadriani toll.* Esso competeva all' erede che invocava un testamento *quod vitio visibili non laborabat*, ed avea per iscopo il possesso provvisorio della eredità; sicchè poteva goderlo sino a che l' avversario non avesse fatto giudiziariamente valere i suoi dritti. Gli è per questo che ci siamo avvisati di dare un' altra forma al concetto dell' autore. — *Il Trad.*

testato, e finalmente contro il contenuto di un testamento. A ciò pur mette capo l'importante divisione in *contra tabulas*, *secundum s. iuxta tabulas*, e finalmente nella *intestati bonorum possessio*.

Con questo lavoro del pretore, diretto a compiere il nuovo suo sistema di successione, e, per quanto era possibile, anche quello del *ius civile*, va congiunta un' altra qualità propria della *bonorum possessio*. Egli s' interessava, cioè, non solo di quelle persone che il dritto civile per guisa non consona allo spirito de' tempi escludeva assolutamente dalla successione, ma nel novero de' chiamati dal dritto pretorio poneva ancor que' che fossero considerati come *heredes* dal dritto civile. Così quando il nuovo dritto civile con una *lex*, con un *senatusconsultum* o con una costitnzione imperiale dava spesso un dritto di successione ad una persona, che fino a quell'ora n'era stata priva, il pretore era sollecito di riconoscere ancor questo nel sno editto, promettendo la *bonorum possessio* anche a cotesta persona nel modo che a lui sarebbe parso opportuno. La così detta *bonorum possessio quibus ex legibus*. Nello editto era a ciascnno assegnato il suo posto con esatta indicazione dell' ordine e del grado con cui doveva egli essere chiamato alla *bonorum possessio*. *Edictum successorium*. Nel che gl'intenti del pretore erano moltiplici. Primamente egli volea con ciò dare a conoscere che il suo nuovo sistema successorio non si opponeva ostilmente a quello già stabilito dal dritto civile, nè lo turbava, ma piuttosto mirava a promuoverlo e, secondo i bisogni de'tempi, ad allargarlo. Secondamente prendeva così anche in considerazione gli eredi civili desiderosi di que'svariati e speciali vantaggi, che non c'erano per dritto civile, e che la *bonorum possessio* accordava a chi vi fosse chiamato. Finalmente questo provvedimento era necessario per dichiarare il giusto rapporto pratico della *bonorum possessio* con la *hereditas*.

Or siccome, di regola generale, il pretore ammetteva alla *bonorum possessio*, senza una precedente *causae cognitio*, coloro che dandosi a conoscere ed invocando lo editto la chiedessero come a sè pertinente, *agnoscebant*, potea facilmente seguire che per una medesima successione si facessero innanzi molti eredi atti a succedere, ora di quelli, le cui pretensioni fondavansi addirittura sul dritto civile, sull' *hereditas*, ora ben altri, che si rapportavano soltanto al dritto pretorio, alla *bonorum possessio*. Allora era quistion di vedere se gli eredi atti a succedere pretoriamente potessero far prevalere le loro pretensioni contro i successori civili, o se dovessero lor cedere, e lasciare che essi si togliessero la successione e la evincessero.

Il pretore in niun modo dava avanti tempo a coloro, a' quali ei prometteva la *bonorum possessio*, garantia di potere e dover essi conservare i *bona*, e di rimanere sicuri da ogni possibile contrasto ed opposizione; ma ei lasciava ciò dipendere dalle circostanze e da' risultamenti della contestazione. Pur nondimeno, si fermò benanche su questo punto una regola stabile nell' editto. Nel concorso dell'erede civile co'successori pretori, per sapere chi la vincerebbe nella controversia

intorno alla successione, bisognava vedere dapprima il luogo che l'editto assegnava all'erede civile, se *prima*, *appresso*, ovver *dopo* di quelli che si potevano tutelare col dritto pretorio. Nel primo caso l'erede abile civilmente a succedere era, anche secondo la mente del pretore, preposto al snccessore pretorio, e potevagli torre, evincere l'eredità, i *bona*, le *res*; nel secondo caso entrambi gli eredi atti a succedere avevano egual dritto e perciò si dividevano fra loro i beni ereditarii; nel terzo caso per contrario, gli eredi civili dovevano cedere agli eredi abili per dritto pretorio, ed essendovi nna contestazione, lasciare a quest'essi i *bona*, le *res*. Di tal gnisa la *bonorum possessio* non avea sempre il medesimo *risultamento*, nè sempre il *bonorum possessor* riteneva i *bona*, le *res*. Di qui la divisione in *bonorum possessio cum re*, *cum effectu*, e *sine re s. sine effectu*.

Del resto, il *bonorum possessor*, ancor qnando la sna *bonorum possessio* fosse *cum re*, nella sna qualità di semplice successore pretorio non era *heres*, giacchè solo il dritto civile, non ancor egli il pretore poteva alcuno rendere *heres*. Epperò il *bonorum possessor* come tale non era vero rappresentante del defnnto, come qnesto era il caso nella successione per dritto civile. Ma il pretore non solamente lo tntelava nel possesso delle cose ereditarie, specialmente con l'*interdictum quorum bonorum* mentovato più sopra, ma lo trattava in generale come erede, *heredis loco*, *heredis vice*; chè gli concedeva in tutto gli stessi dritti, come ad un *heres*, di pari che le medesime obbligazioni. Se non che, e ciò era consono all'indole del dritto pretorio, la proprietà qniritaria del defunto non si trasmetteva al *bonorum possessor*, il qnale, sino che l'usucapione non fosse compinta, avea le cose ereditarie nnicamente in *bonis*. La qnale distinzione cadde da per sè nel nuovissimo dritto romano posciachè la proprietà quiritaria e la bonitaria si fnsero insieme. Il *bonorum possessor* non poteva agire o difendersi per le cose ereditarie se non *utiliter*, nel mentre che le azioni dirette competevano all'*heres* e contro l'*heres*. Ben altra poi doveva essere natnralmente la condizione del *bonorum possessor* quando nel tempo stesso era *heres* e faceva valere qnesta sua qualità. Conciosiachè in tal caso insieme col sopraccitato interdetto pretorio competevano a lni tntti i dritti di nn *heres*, ed effettivamente oprar poteva come rappresentante del defnnto senza bisogno di valersi di que' soccorsi escogitati dal pretore.

Così per buona pezza il sistema del dritto snccessorio romano fu senza dnbbio composto de'dne sistemi, della *hereditas* e della *bonorum possessio*, il cni intrecciamento e il modo onde a vicenda si terminavano, riposavano in parte su principî molto artificiali e complicati. Ma con l'andar delle età, poscia che il nuovo dritto civile ebbe cominciato a mutare più i principî della *hereditas* accogliendo i concetti e le aspirazioni da cui era uscita la *bonorum possessio*, i dne sistemi di snccessione vie più sempre si accostarono l'nn l'altro. Alla fin fine si venne a questo risultamento, che essi non rimasero più tra loro come due sistemi rigorosamente individnati, cioè distinti e indipendenti.

Piuttosto, nel dritto giustinianeo, la nuovissima *hereditas* ha in sè pienamente ricevuto i principii fondamentali della *bonorum possessio*, e solo in singoli punti e casi è ora modificata e sostenuta mercè l' influsso della *bonorum possessio*.

Pel proposito di questo Trattato d' Istituzioni a noi sembra cosa semplicissima e più acconcia di non esporre il sistema della *bonorum possessio* indipendentemente per sè e nella compiuta disposizione delle sue membra, diviso da quello della *hereditas*. Imperocchè se volessimo discorrerla isolatamente, spesso a cagion del suo stretto legame con l' *hereditas* riuscirebbe in molti punti inintelligibile. Piuttosto ci basterà, dopo aver cominciato, come abbiam fatto, da una generale introduzione storica, abbracciante le due successioni, di venir nettamente svolgendo, nelle singole dottrine del dritto successorio, là dove la *bonorum possessio* entra in esso, il primitivo operare di lei sovra l' *hereditas* e la compenetrazione che ha potuto aver luogo fra loro.

Veteres enim *heredes* pro *dominis* appellabant. §. 7, Inst., II, 19, *De heredum qualitate et differentia*.

Jus bonorum possessionis introductum est a praetore, emendandi veteris iuris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus ius eo modo praetor emendavit, sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint.

Aliquando tamen, neque emendandi, neque impugnandi veteris iuris, sed magis confirmandi gratia, pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte facto testamento heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos heredes et agnatos ad bonorum possessionem vocat; sed et, remota quoque bonorum possessione, ad eos hereditas pertinet iure civili.

Quos autem praetor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso iure non fiunt. Nam praetor heredem facere non potest; per legem enim tantum, vel similem iuris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutiones principales. Sed quum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur, et vocantur bonorum possessores.

Adhuc autem et alios complures gradus praetor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moriatur. Nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum ius percipiendarum hereditatum praetor ex bono et aequo dilatavit. Sunt autem bonorum possessiones ex testamento hae. Prima, quae praeteritis liberis datur, vocaturque contra tabulas. Secunda, quam omnibus iure scriptis heredibus praetor pollicetur, ideoque vocatur secundum tabulas. Et, quum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. Pr., §. 1-3, Inst., III, 9, *De bonor. possessionibus*.

Bonorum possessio datur aut contra tabulas testamenti, aut adversus tabulas, aut intestati. Ulpian., fr., tit. XXVIII, §. 1.

Novissime enim promittitur edicto bis etiam bonorum possessio, quibus ut detur, *lege*, vel *senatusconsulto*, vel *constitutione* comprehensum est. §. 7, Inst., III, 9, *de bonor. poss.*

Successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent, et creditoribus longior mora fieret. Ex re enim praetor putavit, praestituere tempus his, quibus bonorum possessionem detulit; et dare inter eos successionem, ut maturius possent creditores scire, utrum habeant, cum quo congrediantur, an vero bona vacantia fisco sint delata, an potius ad possessionem bonorum procedere debeant, quasi sine successore defuncto. Ulpian., fr. 1, pr., D. XXXIX, 9, *de success. edicto.*

Hi, quibus ex necessario edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur, beneficio praetoris. Ideoque, seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.

Bonorum possessio aut cum re datur, aut sine re. Cum re, si is, qui accipit, cum effectu bona retineat; sine re, quum alius iure civili evincere hereditatem possit, veluti si suus heres intestato sit, bonorum possessio sine re est, quum suus heres evincere hereditatem iure legitimo possit. ULPIAN., fr., tit. XXVIII, §. 12 et 13.

Habemus etiam alterius generis finctiones, in quibusdam formulis, veluti quum is, qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit. Quum enim praetorio iure et non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones et neque id, quod defuncto debebatur, potest intendere, dari sibi oportere. Itaque ficto se herede intendit. GAI., Comm. IV, §. 34.

CAPITOLO SECONDO.

DELAZIONE DELLA EREDITA' PER MEZZO DI UN TESTAMENTO.

§. 196.

Idea generale del testamento.

Secondo il dritto delle XII tavole, e, come pare verisimile, eziandio pria di esse, ogni cittadino romano pubere e indipendente poteva escludere la successione legale, che regolarmente avrebbe avuto luogo, sol che avesse fatto sottentrare i suoi ultimi voleri, propri e individuali, a quelli della legge generale, nominando a sè stesso nel testamento il suo erede per dopo la sua morte. Con ciò tien riferimento il dritto della *testamenti factio;* sotto il qual dritto va intesa in generale la capacità di rappresentare una parte onorevole in un testamento romano, sia come testatore, sia come erede instituibile, sia qual legatario da potervi essere contemplato, od ancora soltanto come testimone testamentario. Insino da'primi tempi questa *testamenti factio* fu considerata siccome uno de' dritti più importanti che fossero inchiusi nel dritto di cittadinanza, e, non ostante che avesse innanzi tutto un' indole di dritto privato, pure sotto più aspetti, a cagion del pubblico interesse che secondo la guardatura della mente de' romani quivi scorgevasi, fu tenuta altresì come *publici iuris.*

Il dritto romano concede certamente ad ogni individuo il poter disporre di ciò che lascerà dopo la sua morte, ma deve farlo nella forma legalmente prescritta, ossia in un *testamentum;* ch' è quanto dire, con un atto unilaterale, rivocabile sempre sino a che si vive. Per tal modo si nominava il proprio erede, ma questi non conseguiva sin dalle prime veruna aspettazion certa, nè fondata pretensione su i beni del testatore ancor quando gli sopravivesse. Per contrario, le disposizioni di ultima volontà rivestite della forma di un *contratto* non hanno efficacia che tenga pel dritto romano. Esso le disapprova perchè, a cagion della limitazione avuta in mira, od almeno risultabile da

esse e riferibile alla libertà di disporre in futuro, ei vi ravvisa uno sconcio pregiudizio che si apporta ad uno de'dritti più importanti dei cittadini, ed un'offesa a'buoni costumi.

Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto. Ulpian., fr. tit. XI, §. 14.

Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Modestin., fr. 1, D., XXVIII, 1, *Qui testamenta facere possunt.*

Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum. Ulpian. fr. 4, D., XXXIV, 4, *de adimendis vel transferendis legatis.*

Testamenti factio non privati, sed publici iuris est. Papinian., fr. 3, D. XXVIII, 1, *Qui testamenta facere possunt.*

Stipulatio hoc modo concepta : *si heredem me non feceris, tantum dare spondes?* inutilis est ; quia contra bonos mores est haec stipulatio. Iulianus, fr. 61, D., XLV, 1, *De verborum obligat.*

§. 197.

Condizioni generali per la validità del testamento.

Inst. lib. 11, tit. 12, quibus non est permissum facere testamentum. Dig. lib. XXVIII, tit. 1, qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant — Cod. lib. VI, tit. 22, qui testamenta facere possint, vel non.

Perchè un testamento sia valido, la prima cosa, è mestieri che il testatore non solo sia in generale capace di lasciare una eredità, ma abbia eziandio la *testamenti factio* nella stretta significazione della parola; cioè dire, che, secondo i principî del dritto civile romano, ei sia capace di fare un testamento. Questa capacità, come parte ch' ella era del *commercium*, l' aveano solo i cittadini romani ; pria gli uomini soltanto, più tardi anche le donne, almeno da quando con la introduzione del *testamentum per aes et libram* si riconobbe per esse la possibilità di testare, il che, attese le primitive forme del testamento, non poteva aver luogo che pe'soli maschi. Solamente, per verità, sin tanto che durò la *perpetua tutela mulierum* nel suo originario rigore, costrette di legami ed irretite furon elleno in questo da'loro tutori, giacchè non poteano testare se non *tutore auctore*. Cotesti tutori agnatizî, come futuri eredi ab intestato di una donna, aveano il più grande interesse d'impedire che il patrimonio di lei fosse sottratto, con la facoltà di testare, alla successione legale, ed uscendo dalla loro famiglia andasse in quella di un estraneo. Condizione comune agli uomini ed alle donne era questa, che essi dovessero essere definitivamente *sui iuris*. Onde non poteva il *filiusfamilias* far testamento non solo in quel tempo, nel quale senza altro non era in niun modo capace di avere un proprio patrimonio e perciò di trasmetterlo quando ei moriva, ma nè manco più tardi, cioè dopo che questo rigoroso principio del dritto antico fu andato in disuso, chè, attesa la sua condizione nella famiglia ei pur sempre rimanea *filiusfamilias*. Non era ec-

cezione a questa regola il potere ch' egli avea di disporre, testando, dei peculii castrensi, poichè, rispetto a questo peculio, reputavasi un *paterfamilias*. Inoltre, uopo è che il testatore sia pubere, non potendo gl' impuberi testare nemmeno con l' *auctoritas* del loro tutore. Al contrario, toccata che siasi la pubertà, la età minore non è ostacolo alla *testamenti factio*. Che anzi i minori non avevan d'uopo, per ciò fare, del consenso del loro curatore, poichè, testando, attesa la natura propria e la revocabilità del testamento, non assumevano alcun obbligo stabile e gravoso, e perciò non si potea scorgere una vera lesione per essi. Anche, astrazion fatta dalla mancanza delle condizioni sovraccennate, molti cittadini romani per disposizioni di legge non potevano, nè dovevano testare. La ragione di questo divieto fondavasi o in molti difetti ed impedimenti naturali, per cui codeste persone non potevano per loro stesse osservare le forme del testamento, come i sordi, i muti ed i prodighi a' quali era vietato il *commercium*, od in varie considerazioni politiche, come, ad esempio, era il caso in cui fossero *lege improbi et intestabiles* (1).

Un' altra condizione, perchè un testamento sia valido, si è che in esso, per rispetto al suo contenuto, si facciano quelle disposizioni, che sotto questo riguardo formano la essenza del testamento medesimo. Tale si è sopra tutto la instituzione di un erede diretto, *heredis institutio* (2).

Per ultimo, un testamento non è valido, se non quando siasi fatto solennemente, cioè, con l' esatta osservanza delle forme esteriori prescritte dalla legge. Lo scopo di queste formalità estrinseche è di far conoscere per guisa solenne e conforme alla importanza dell' atto non solo che un individuo volle fare in realtà un testamento, ma ancora quel che forma il vero e proprio contenuto di esso.

Uopo è pur che si noti, in generale, un' altra cosa, ed è, che si può fare diversi testamenti l' un dopo l' altro, in varî tempi, per modo che l'antico vien sempre da per sè stesso annullato dal nuovo; però non è possibile che esistano e valgano tutt' insieme molti testamenti della stessa persona; ciò si opporrebbe assolutamente al modo di vedere del dritto romano. *Nemo cum duobus testamentis decedere potest*. La ragione n' è semplice; forza è che qualsivoglia testamento disponga dell'*intera eredità* del testatore.

Latinus Iunianus, item is, qui dediticiorum numero est, testamentum facere non potest. Latinus quidem, quoniam nominatim lege Iunia prohibitus est; is autem, qui dediticiorum numero est, quoniam nec quasi civis romanus testari potest, quum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut adversus leges civitatis suae testetur. ULPIAN., fr. tit. XX, §. 14.

Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim ii, qui alieno iuri subiecti sunt, testamenti faciendi ius non habent; adeo quidem, ut, quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis iure testari possint; exceptis iis, quos antea

(1) V. sopra il §. 66.
(2) V. più sopra il §. 200.

enumeravimus, et praecipue militibus, qui in potestate parentum sunt, quibus de eo, quod in castris adquisierunt, permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. Quod quidem ius ab initio tantum militantibus datum est, tam ex auctoritate D. Augusti, quam Nervae, nec non optimi Imperatoris Trajani, postea vero subscriptione D. Hadriani etiam dimissis e militia, id est veteranis, concessum est. Pr., Inst., II, 12, *Quibus non est permissum facere testamenta.*

Si filiusfamilias, aut pupillus, aut servus tabulas testamenti fecerit, signaverit, secundum eas bonorum possessio dari non potest, licet filiusfamilias sui iuris, aut pupillus pubes, aut servus liber factus decesserit, quia nullae sunt tabulae testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuerit. Modestin., fr. 19, D. XXVIII, 1, *qui testam. facere possunt.*

Is, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non potest, et, si fecerit, ipso iure non valet. Ulpianus, fr. 18, pr. D. eod.

Mutus, surdus, furiosus, itemque prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt; mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest; surdus, quoniam verba familiae emtoris exaudire non potest; furiosus, quoniam mentem non habet, ut testari de sua re possit; prodigus, qui commercium illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest. Ulpianus, fr., tit. XX, §. 13.

Igitur, si quaeratur, an valeat testamentum, inprimis advertere debemus, an is, qui id fecerit, habuerit testamenti factionem; deinde, si habuerit, requiremus, an secundum iuris civilis regulam testatus sit. Gai., *Comm.* lib. II, §. 114.

§. 198.

Storia delle forme del testamento.

La forma più antica del testamento era fondata sul principio che la successione *ab intestato* poggiando su di una *lex* non poteva essere annullata che per un' altra *lex* derogativa per il caso particolare. Di qui la forma peculiare del *testamentum calatis comitiis*, giacchè il testatore presentava l'ultima sua volontà testamentaria al popolo riunito, come una proposta di legge, a fine di farla riconoscere e confermare. Epperò originariamente ogni successione, anche la testamentaria, era in fondo una *legitima successio*, e solo diversa per la specie della *lex* che decideva ed applicavasi nel singolo caso, secondo che questa era la legge generale nello Stato, o la speciale, cioè fatta soltanto per quel caso di successione. Solamente, posciachè le leggi delle XII tavole ebbero accordato generalmente a' cittadini romani il dritto di testare, questa forma di legge, della quale era rivestito il testamento, divenne piuttosto una mera solennità, una semplice dichiarazione della volontà dell' individuo avanti l' assemblea del popolo senza bisogno che vi desse formalmente il suo voto.

Nella stessa età avea pur luogo, al tempo di guerra, fuori di Roma, il *testamentum in procinctu*, il quale, a quel che pare, fondavasi su la finzione del popolo rappresentato dall'esercito, e che sembra il primo germe de' susseguenti privilegi che s'ebbero i soldati in fatto di testamenti.

Di data più recente, ma forse introdotto dalle XII tavole, era il *testamentum per aes et libram*, che dapprima fu soltanto adoperato pei

casi urgenti, in cui non potessero aspettarsi i *calata comitia*, e che ben presto prese il luogo del *calatis comitiis testamentum*. Qui la forma era puramente di dritto privato; poichè il testatore, sotto l'osservanza della forma della mancipazione, trasferiva la sua futura eredità al *familiae emptor*, il quale originariamente era l'*heres* propriamente detto, e, per mezzo della *fiducia*, toglievasi l'incarico di spartire la eredità e di porre in atto altre disposizioni di ultima volontà sotto forma di legati. Ma più tardi l'intervento dell'*emptor familiae* divenne una mera formalità, giacchè egli non era più l'erede propriamente detto, al quale si dava l'eredità con la forma della mancipazione, ma solo veniva a rappresentare l'erede. Il sostanziale e il proprio contenuto del testamento fu posto da quell'ora nelle *tabulae testamenti*, scrittura, nella quale era dichiarata l'ultima volontà del testatore, e quando la contenenza del testamento dovea restare segreta poteva ancora essere chiusa e suggellata. L'atto finale consisteva nella *testatio s. nuncupatio testamenti*, con cui il testatore colle formalità accuratamente prescritte mostrava il suo testamento, lo riconosceva, e invocava il *testimonium* di tutti coloro che egli avea nominati come testimoni alla mancipazione.

A questa forma di testare, già stabilita dal dritto civile, più tardi, ma innanzi la età di Cicerone, si aggiunse un'altra più facile e meno complicata, la quale si fondò sull'editto pretorio. Vale a dire che il pretore, senza badare altrimenti se tutte le solennità del dritto civile della mancipazione fossero state osservate, ad istanza degli eredi scritti accordava loro una *secundum tabulas bonorum possessio*, quante volte però il testamento avesse l'impronta de' suggelli di sette testimoni, *testamentum septem testium signaculis signatum*.

Da questi principî di dritto civile e pretorio, collegati con molte costituzioni imperiali e consuetudini, si svolsero nel corso de' tempi quelle forme del testamento, che nel nuovissimo dritto romano compariscono come le sole che sien valide. Specialmente fu Teodosio II colui che permise di fare un testamento civile sì a voce che per iscritto, il che venne confermato da Giustiniano. Queste nuove forme di testamento si rannodano alle antiche, ed anche alle antichissime, in quanto che, come queste, poggiano o direttamente sulla pubblica ricognizione del capo dello Stato o de' suoi magistrati che vi concorrono per guisa immediata, ovvero esclusivamente sulla privata autorità de' testimoni convocati.

Testamentorum autem genera initio duo fuerunt. Nam aut calatis comitiis faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa ad pugnam ibant. Procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in praelium exituri.

Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est, patrimonium suum mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.

Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, atque olim solebat. Namque olim familiae emtor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet. Nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius, dicis gratia, propter veteris iuris imitationem familiae emtor adhibetur. Eaque res ita agitur. Qui facit, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, quinque testibus, civibus romanis puberibus, et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam. In qua re his verbis familiae emtor utitur: *familiam pecuniamque tuam endo mandatam tutelam custodelamque meam recipio eaque quo tu iure testamentum facere possis, secundum legem publicam, hoc aere*, et ut quidam adjiciunt, *aeneaque libra esto mihi emta*. Deinde aere percutit libram idque aes dat testatori, veluti pretii loco. Deinde testator, tabulas testamenti tenens, ita dicit: *haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*. Et haec dicitur nuncupatio. Gai., *Comm.*, lib. II, §. 101, 105.

Sed praedicta quidem nomina testamentorum ad ius civile referebantur. Postea vero ex edicto praetoris alia forma faciendorum testamentorum introducta est. Iure enim honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, quum iure civili signa testium non erant necessaria.

Sed quum paulatim, tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendationibus, coepit in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi constitutum est, caet. §. 2 et 3, Inst., II, 10, *de testamentis ordinandis*.

§. 199.

Forme del testamento del dritto giustinianeo.

Inst. lib. II. tit. 16, de testamentis ordinandis. — Dig. lib. XXVIII. tit. I. qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant. Dig. lib. XXXVII. tit. II, de bonor. posses. secundum tabulas. — Cod. lib. VI, tit. 23, de testamentis et quemadmodum testam. ordinentur. — Inst. lib. II, tit. 11, de militari testamento. Dig. lib. XXIX, tit. 1, de testamento militis — Cod. lib. VI, tit. 21, de testam. mil.

Chi presenta il suo testamento all'imperatore, e lo fa depositare nella sua cancelleria privata, si può astenere da ogni altra formalità. Medesimamente poteasi fare per modo nuncupativo un testamento innanzi al magistrato e scrivendosi in un protocollo, *testamentum apud acta conditum*, ma i particolari di questa maniera di testare non sono a noi cogniti. Oggi lo si chiama *testamento pubblico*.

Chi poi vuol fare il così detto *testamento privato*, forza è che lo faccia innanzi a sette testimoni rogati, maschi, puberi e, secondo le leggi, idonei nel tempo in cui sono chiamati ad intervenire, colla stretta osservanza di una certa unità di luogo, di tempo e di atto. Se, inoltre, desidera di testare *oralmente*, dee dichiarare le sue ultime volontà innanzi a' predetti testimoni usando quell'idioma che vuole purchè sia intelligibile ad essi tutti. Se vuol testare in *iscritto*, uopo è che innanzi a' testimoni rogati riconosca come suo testamento l'atto che presenta, lo sottoscriva e poi lo faccia soscrivere e suggellare da ciascun di loro, *subscribere et signare*. Si provvede eziandio pel caso

che il testatore per qualo che sia ragione non possa sottoscrivere l' atto testamentario; allora lo si deve sottoscrivere da un notaio, e sol quando questi manca, un ottavo testimone è da chiamare in vece del testatore, *octavus subscriptor*. Se poi il testatore abbia scritto tutto il testamento facendo espressa menzione di questa circostanza, la sua sottoscrizione in presenza de' testimoni si considera come superflua. Ei non bisogna che il testamento sia disteso in una lingua conosciuta da' testimoni, e che sia scritto di proprio pugno del testatore. Solamente pel *senatusconsultum Libonianum*, dato fuori al tempo di Tiberio, fu provveduto perchè colui, che scrivesse l'altrui testamento non abusasse quell'occasione per attribuire a sè medesimo od a persona che stesse sotto la sua potestà, direttamente o indirettamente alcuna cosa. Chi ciò esegue, e siavi pure la volontà del testatore, *qui sibi ipsi aliquid adscribit*, non solo non consegue il suo scopo, ma gli s' infligge la *poena falsi*. Vi si fa una eccezione sol quando il testatore abbia di propria mano dichiarato di essersi così scritto con piena sua saputa e volere.

Questa è la forma regolare de' testamenti. Pertanto v' ha persone, pe' testamenti delle quali sono per eccezione statuite altre solennità peculiari, complicate e più numerose. Di tal numero sono i ciechi ed i muti, a' quali per lungo tempo fu negata la facoltà di testare, e che solo più tardi conseguironla, a condizione però di dovere osservare quelle speciali formalità, mercè cui, a malgrado di quelle organiche viziature, potevano tenersi sicuri dall'errore e dalle frodi. Per lo contrario, ci ha ben altre persone le quali, per privilegi che van connessi al loro stato, sono dispensate ora da tutte, ora, almeno, da alcune delle formalità regolari, come a dire i soldati o tutti que' che son capaci di testare, quante volte si trovino in certe condizioni peculiari che rendan loro impossibile o più che grave la esatta osservanza di tutte le ordinarie solennità; per esempio, chi abita nelle campagne. I così detti *testamenti privilegiati*. Naturalmente l' atto del testamento e la sua forma non sono da confondere con l' apertura de' testamenti fatti in iscritto. Essa, com' è naturale, non può aver luogo durante la vita del testatore; ma, seguita la sua morte, ognuno che vi abbia un interesse giuridico può domandarla. La *lex Julia vicesimaria* statuì per essa una forma solenne, giudiziaria, in presenza dei testimoni già intervenuti, o, mancando essi, in presenza di altri cittadini onorevoli, a' quali si dava lettura del testamento, *recitatio testamenti*. Lo scopo principale di sì fatta solenne apertura era questo, di rendere sicuro lo Stato da qualunque frode o sottrazione, giacchè a lui spettava una quota non lieve, la *vicesima hereditaria*, su ciascuna porzione ereditaria testamentariamente ottenuta.

Omnium testamentorum solemnitatem superare videtur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas, etiam conscientiam principis tenet. Sicut ergo secutus erit, qui actis cuiuscumque iudicis, aut municipum, aut auribus privatorum mentis suae postremum publicavit iudicium, ita nec de eius unquam successione tractabitur, qui nobis mediis et toto iure, quod

in nostris est scriniis constitutum, teste, succedit. Honor. et Theodos., c. 19, C., VI, 23, *De testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur.*

Constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod ius civile quodammodo exigebat, septem testibus adbibitis et subscriptione testium, quod ex constitutionibus et ex edicto praetoris, signacula testamentis imponerentur, ut hoc ius tripartitum esse videatur, ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu, testamenti celebrandi gratia, a iure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et numerus testium ex edicto praetoris. Sed his omnibus ex nostra constitutione, propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, ut per manum testatoris vel testium nomen heredis exprimatur, et omnia secundum illius constitutionis tenorem procedant.

Testes autem adhiberi possunt hi, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque mutus, neque surdus, neque furiosus, nec cui bonis interdictum est, nec is, quem leges iubent improbum intestabilemque esse, possunt in numero testium adhiberi.

Si quis autem voluerit sine scriptis ordinare iure civili testamentum, septem testibus adhibitis et sua voluntate coram eis nuncupata, sciat, hoc perfectissimum testamentum iure civili firmumque constitutum. §. 3, 4, 6 et 14, Inst., II, 16, *De testamentis ordinandis.*

Si quis legatum sibi adscripserit, tenetur poena legis Corneliae, quamvis inutile legatum sit. Africanus, fr. 6, pr., D. XLVIII, 10, *De lege Cornelia de falsis et de senatusconsulto Liboniano.*

Supra dicta diligens observatio in ordinandis testamentis militibus, propter nimiam imperitiam, constitutionibus principalibus remissa est. Nam, quamvis hi neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint, recte nihilo minus testantur, videlicet quum in expeditionibus occupati sunt. Quod merito nostra constitutio induxit. Quoquo enim modo voluntas eius suprema sive scripta inveniatur, sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate eius. Pr., Inst., II, 11, *De militari testamento.*

§. 200.

Quel che può e deve, in generale, contenere un testamento.

In un testamento si *possono* fare ordinamenti di varie specie, lasciar legati, nominare tutori, render liberi gli schiavi e via discorrendo. Ma quel che forma l'essenzial contenuto di qualsivoglia testamento, quel ch' esso *deve* necessariamente contenere e che lo qualifica e distingue caratteristicamente dagli altri atti di ultima volontà, da' semplici *codicilli*, è unicamente la *(directi) heredis institutio* (1). Soltanto in certe circostanze appartiene all' essenzial contenuto del testamento l' avere in considerazione, come è prescritto per legge, alcuni congiunti, se il testatore ne abbia, pena la nullità di tutto il testamento (2).

Quanto a' legati, poichè questi possono essere fatti altresì ne' codicilli, noi ne toccheremo i particolari nella dottrina delle così dette disposizioni codicillari. L' obbligo legale di aver conto di certi con-

(1) V. sopra il §. 197.
(2) V. appresso il §. 209.

giunti con la minacciata nullità del testamento, trova il suo posto naturale nel capitolo che tratta della successione che si conferisce contra il contenuto di un testamento. Epperò qui occorre soltanto di fare una accurata disamina della diretta istituzione di erede.

Testamenta vim ex institutione heredum accipiunt et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. §. 34, Inst., II, 20, *de legatis*.

Non codicillum, sed testamentum aviam vestram facere voluisse, institutio et exheredatio facta probant evidenter. Diocletian. et Maxim., c. 14, C. VI, 23, *de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur*.

§. 201.

Istituzione dell' erede diretto in particolare.

Gai., *Comm., lib.* II, §. 115, *seq.* — *Inst., lib. II, tit.* 14, *De heredibus instituendis* — *Dig., lib. XXVIII, tit.* 5, *De hered. inst.* — *Cod. lib. VI, tit.* 24, *De hered. inst., et quae personae heredes institui non possunt.*

Il dritto romano sotto il nome di *heres* da istituire intende quel successore che vien chiamato personalmente dal testatore ad effetto di raccogliere immediate e direttamente, come erede e rappresentante, i beni che ei lascerà dopo la sua morte. In tal caso, come *directus heres*, egli è specialmente contrapposto al *fideicommissarius heres*.

Si può in uno stesso testamento e per una medesima successione validamente instituire molti eredi diretti, o dividere la eredità fra tutti questi coeredi in parti eguali ed ineguali a piacere del testatore. Ma basta altresì la instituzione di un solo erede, il quale in tal caso naturalmente raccoglie sempre tutta l' eredità. Nulla rileva che l' erede sia nominato assolutamente, o sotto una condizione *sospensiva* generalmente valida. Per contrario non può esser nominato per un certo tempo, nè per conseguente sotto una condizione *risolutiva*, perocchè in ogni caso chi fu erede una volta, forza è che sempre rimanga erede. *Semel heres, semper heres.* Le condizioni invalide si hanno *pro non scriptis*. Oltre ciò, la instituzione dell'erede, come quella che formava il *caput testamenti*, non solo dovea necessariamente farsi al principio del testamento, ma stendersi in lingua latina, con parole imperative e con certe formole esattamente prescritte. Ma secondo il nuovo dritto, e specialmente da Costantino in poi, di coteste prescrizioni non si fa più la tanto stretta osservanza di una volta.

In ogni caso, l' erede istituito deve essere una persona che abbia la *testamenti factio*, nel significato di questa parola. Del resto, da questa *testamenti factio*, così detta *passiva*, tutt' altra è quella che vien richiesta per fare un testamento, e che dicesi *attiva*. A chi ha quest'ultima, compete benanco assolutamente e in generale la prima, ma non viceversa. Poichè, sebbene non altri che i cittadini romani possano

ereditare per mezzo di un testamento romano, pur nullameno è valido lo eleggere che si faccia in erede colui, che non può acquistare la eredità per sè stesso, ma sì per un cittadino romano capace. Per tal modo si può validamente instituire erede il *servus* altrui, quando appartiene soltanto ad un cittadino romano, giacchè in tal caso egli acquista l'eredità per il padrone e per suo ordine. Ma con questo caso non si deve confondere l'altro, ch'è quando il testatore istituisca il proprio suo servo. Chè, siccome costui diviene *eo ipso* libero e cittadino, così acquista per sè stesso la eredità di chi fu già suo padrone. Ancor essi i *filiifamilias* poterono da' tempi più antichi essere istituiti eredi; eglino acquistavano l'eredità per il loro *parens*, e per suo ordine, come i *servi*. Secondo il nuovo dritto ei possono acquistarla ancora per sè stessi. In generale la passiva *testamenti factio* non presuppone necessariamente la capacità di poter fare ancora un testamento. Al contrario, v'ha certe persone alle quali, non ostante che non manchi il dritto di cittadinanza, vien tolta per motivi speciali la passiva *testamenti factio*. Infra costoro si noverarono per un certo tempo le femmine in forza della *lex Voconia*, ma sempre, almeno sino a Giustiniano, le *incertae personae*. Fra le quali furono poste a principio tutti i *postumi*, cioè dire tutti coloro che non fossero ancor nati al tempo in cui fu fatto il testamento. Ma i *postumi sui* ne furono di buon'ora eccettuati nel testamento di una persona di sesso maschile, cioè i figli del testatore non ancora nati, la cui preterizione rompeva il testamento paterno. Nondimeno ciò valse da principio solo pe' figli e nipoti nati dopo la morte del testatore, *legitimi sui*, sul cui proposito Aquilio Gallo inventò una propria formola particolare per la istituzione de' nipoti, *postumi Aquiliani*. Posteriormente la *Lex Junia Velleja* sotto di Augusto permise ancora la istituzione di que' *sui*, che fossero nati dopo la formazione del testamento, ma vivente ancora il testatore, *postumi Vellejani*, co' quali si congiungono i *postumi Juliani*. Finalmente Giustiniano si piacque di estendere questa eccezione agli altri *postumi*, quali che si fossero, ancorchè non *sui*.

Egli è bastevole senza dubbio, quante volte si tratti di conoscere sin dalle prime se sia valida la istituzione di un erede, *ut consistat institutio*, che l'instituito abbia avuto la *testamenti factio* al tempo della formazione del testamento. Per ciò che poi risguarda la consecutiva efficacia di siffatta instituzione, *ut effectum habeat institutio*, è ancora essenziale che cotesta *testamenti factio* esista altresì nel tempo che si riceve la eredità e se ne prende il possesso.

Heres institui recte potest his verbis: *Titius heres esto*, *Titius heres sit*, *Titium heredem esse iubeo*. Illa autem institutio: *heredem instituo*, *heredem facio*, plerisque improbata est. ULPIAN., fr. tit. XXI, §. 1.

Placuit... institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat, aut inflexis. Nec enim interest, si dicatur: *heredem facio*, vel: *instituo*, vel: *volo*, vel: *mando*, vel: *cupio*, vel: *esto*, vel: *erit*, sed quibuslibet confecta sententiis, vel quolibet loquendi genere formata in-

stitutio valeat, si modo per eam liquebit volnntatis intentio. Constant., c. 15, C., VI, 23, *De testamentis et quemadmodum testam. ordin.*

Et unum hominem, et piures in infinitum, quot quis velit, heredes facere licet.

Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quae assis appellatione continentur. Habent autem et hae partes propria nomina, ab uncia usque ad assem, et puta haec: uncia, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx, ss. Non autem utique semper duodecim uncias esse oportet. Nam tot unciae assem efficiunt, quot testator voluerit. Et si unum tantum ex semisse verbi gratia heredem scripserit, totus as in semisse erit. Neque enim idem ex parte testatus, et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles.

Si plures instituantur, ita demum partium distributio necessaria est, si nolit testator, eos ex aequis partibus heredes esse. Satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex aequis partibus eos heredes esse. §. 4-6, Inst., i, 14, *de heredibus instituendis.*

Mulier... ab eo, qui centum millia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest. Gai., *Comm.*, ii, §. 274.

In extraneis heredibus illud observatur, ut sit cum eis testamenti factio... et id duobus temporibus inspicitur, testamenti quidem facti tempore, ut constiterit institutio; mortis vero testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius, et cum adit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive pure, sive sub conditione heres institutus sit. Nam ius heredis eo maxime tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem. Medio autem tempore, inter factum testamentum et mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio iuris non nocet heredi; quia, ut diximus, tria tempora inspici debent. Testamenti autem factionem non solum is habere videtur, qui testamentum facere potest, sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii adquirere, licet non possit facere testamentum. Et ideo furiosus, et mutus, et postumus, et infans, et filiusfamilias, et servus alienus testamenti factionem habere dicuntur. Licet enim testamentum facere non possint, attamen ex testamento vel sibi, vel alii adquirere possunt. §. 4, Inst., II, 19, *De heredum qualitate et differentia.*

Incerta persona institui heres non potest, veluti hoc modo: quisquis primus ad funus meum venerit, heres esto; quoniam certum consilium debet esse testantis.

Servos heredes instituere possumus, nostros cum libertate, alienos sine libertate, communes cum libertate, vel sine libertate. Ulpian., Frag., tit. XXII, §. 3 et 7.

Heres pure et sub conditione institui potest: ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest... Impossibilis conditio in institutionibus et legatis, nec non fideicommissis et libertatibus pro non scripta habetur. §. 9 et 10, Inst., II, 14, *De heredibus instituendis.*

§. 202.

Sostituzioni che contengono dirette instituzioni di eredi.

Gai. *Comm. lib. II*, §. 174, *sq.* — *Inst. lib. II, tit. 15. de vulgari substitutione, tit. 16, de pupillari substitutione.* — *Dig. lib. XXVII, tit. 6, de vulgari et pupillari substitutione.* — *Cod. lib. VI, tit. 25, de institut. et substitution. tit. 26, de impuberum et aliis substitutionibus.*

Nel dritto romano successorio, sotto il nome generale di *substitutiones*, s' incontra tutta una serie di disposizioni di ultima volontà, le quali a malgrado della differenza che corre tra esse, hanno questo

di comnne, che tutte coutengono chiamate *eventuali* ad una successione. Fra esse alcune si distingnono in questo, che si appresentano come eventnali dirette istituzioni di erede. Ondechè quest' ultime, quantunqne non sia bisogno di adoperarle in ogni testamento, pure se vuolsi che sian valide, uopo è si facciano in uu vero *testamento*.

La *vulgaris substitutio*, ch' è la specie più antica di tutte, è la nomina di un erede diretto, *secundus heres, substitutus*, pel caso che un altro istituito prima dal testatore, *primus heres, institutus*, non possa o non voglia acquistare l'eredità per un motivo qualunque, *in casum, si institutus heres non erit*. Di questi *gradus institutionum* se ne possono fare pur molti. *Secundus, tertius, quartus heres*. Anche più eredi insieme istituiti possono reciprocamente essere *vulgariter* sostituiti.

Di nna specie al tutto diversa è la *pupillaris substitutio*, della quale ci vien detto che fu *moribus introducta* senza che noi possiam dire appuntino il tempo della sua apparizione. Per essa può il testatore, dopo aver nominato a sè stesso un erede, istituire eziandio nn erede diretto pel suo *filiusfamilias* impubere, che immediatamente si trovi sotto la sna potestà, per il caso che questo *filiusfamilias* morisse dopo del *parens*, ma pria che toccasse l'età maggiore, *in casum, si heres erit, sed intra pubertatem decesserit*. Questo dritto del *parens* di nominare in tal modo l'erede eventuale al suo *filiusfamilias* e di fare formalmente un testamento per lui, è una mera derivazione della *patria potestas*, appunto com' è il dritto della testamentaria *tutoris datio*. Che nna sostituzione volgare possa andare congiunta con una sostituzione pupillare, è cosa che nou vuolsi dire affatto singolare, allorchè la stessa persona *in utrumque casum* vien nominata sostituto volgare e sostituto pupillare, *duplex substitutio*. Quel che v' ha di speciale si è che nella sostituzione pupillare dee pur tacitamente essere compresa la sostitnzione volgare, e che per nna costituzione di Marco Aurelio nella sostituzione volgare deve, nel dubbio, comprendersi ancora una sostitnzione pupillare (1).

---

(1) Il dire che la *substitutio pupillaris etiam continet vulgarem* (principio legalmente riconosciuto nel secondo secolo del governo imperiale) significa che la sostitnzione pupillare resta valida ancor quando l' *impubes* non abbia adita la eredità, non sia divenuto erede; il che importa lui potersi presentare nel tempo stesso come erede del padre quando l' *impubes* sia premorto a quest' nltimo (L. 4, pr. Dig. *de vulg. et pup. subst.*). Se poi il testatore abbia fatto espressa menzione de' due casi, il che non è necessario secondo il contenuto della legge suddetta, la *substitutio pupillaris* vien detta *substitutio duplex* (L. 1, §. 1, D. eod.).

Il dir poi che nella sostituzione volgare si comprende nel dubbio anche la pupillare importa che il *secundus heres* succede pure nel caso che il *primus* muoia minorenne, sebbene fosse stato istitnito *vulgariter*, cioè pel caso che il pupillo non fosse divenuto erede; in altri termini, si volle che nel dubbio la *simplex vulgaris substitutio* fosse considerata eziandio come *duplex*; essa cioè poteva rimaner salda come sostituzione pupillare quando l' *impubes suus* istituito *primo loco* morisse dopo il padre, cioè dopo di essere divenuto suo erede. Se poi un *suus* del testatore fosse stato *pupillariter sostituito* ad un altro *suus impubes*, questo

Finalmente, i genitori, o i progenitori, la madre, come il padre, l'avo e l'avola, quante volte abbiano un figlio dementato e senza lucidi intervalli, possono nominargli un erede nel caso che muoia senza avere riacquistato l'uso della ragione. Questa così detta *quasi pupillaria substitutio*, introdotta primamente da Giustiniano, non si annoda per niun modo alla patria potestà, ma non è che un semplice dritto degli ascendenti.

[4] Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere, ut puta: *si ille heres non erit, ille heres esto*; et deinceps, in quantum velit testator, substituere potest, et novissimo loco in subsidium vel servum necessarium heredem instituere. Pr., Inst., II, 15, *De vulgari substitutione*.

Liberis suis impuberibus, quos in potestate quis habet, non solum, ut supra diximus, substituere potest, id est, ut si heredes ei non exstiterint, alius sit ei heres, sed eo amplius, ut, etsi heredes ei exstiterint, et adhuc impuberes mortui fuerint, sit ei aliquis heres, veluti si quis dicat hoc modo: *Titius filius meus heres mihi esto. Si filius meus heres mihi non erit, sive heres erit, et prius moriatur, quam in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto*. Quo casu, siquidem non extiterit heres filius, tunc substitutus patri fit heres. Si vero exstiterit filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. Nam moribus institutum est, ut, quum eius aetatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes ei faciant... Igitur in pupillari substitutione, secundum praefatum modum ordinata duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset. Pr. et §. 2, Inst., II, 16, *De pupillari substitutione*.

CAPITOLO TERZO.

DELAZIONE DELL' EREDITA' SENZA TESTAMENTO, AB INTESTATO.

§. 203.

Condizioni richieste per questa delazione.

Inst.. lib. II, *tit.* 17, *Quibus modis testamenta infirmentur.—Dig., lib. XXVIII. tit.* 3, *De iniusto, rupto, irrito facto testamento. — tit.* 4, *De his quae in testamento delentur, inducuntur, vel inscribuntur.*

Muore *intestatus*, e come tale trasmette l'eredità sua colui il quale o non fè mai testamento, o alla sua morte ne lasciò uno giuridica-

---

sostituto, quando interveniva, era nel tempo stesso risguardato come *suus* dell'*impubes*.

Al tempo della repubblica queste proposizioni erano controvertite. Durante la giovinezza di Cicerone menò grande rumore la causa agitata innanzi a' centumviri tra M. Curio sostituito pupillare nel testamento di Coponio, difeso da L. Licinio Crasso, e gli agnati del testatore, pe' quali avvocava Q. Mucio Scevola. Il testatore aveva istituito erede il *postumus* nascituro, e sostituitogli *pupillariter* M. Curio. Il postumo non nacque. Crasso invocava la *voluntas mortui* e l'*aequitas*; Scevola la lettera del testamento, ed il *ius strictum*. Curio ebbe la sentenza in favore. *Quae res igitur valuit? voluntas*. CICERONE *pro Caec.* 18, 24; QUINT. VII, 6, 9, 10; W. MUNZINGER, *Causa Curiana. Bern.* 1855; M. VOIGT, *vom ius naturale*, p. 48. — *Il Trad.*

mente non valido. Per quest'ultimo rispetto niente rileva se il testamento sia stato nullo dal principio della sua formazione, mancandovi sin da quell' ora alcuna condizione essenziale per la sua validità, *testamentum nullum*, *iniustum*, o se, fatto già validamente, abbia di poi perduto la sua validità pel sopraggiungere di qualche avvenimento, per cui riesca incompatibile la continua validità del testamento medesimo.

In prima cosiffatto nocevole avvenimento può colpire la *persona del testatore;* ch'è quando ei perde la *testamenti factio* che avea quando testò a causa della *maxima*, *media*, o della *minima capitis deminutio;* nel qual caso il *testamentum* cade di per sè come *irritum*. Solo la prigionia presso il nemico sofferta dal testatore non toglie al testamento la sua validità. Poichè se ritorna libero, quell' atto riacquista tutta la sua efficacia, *iure postliminii;* se poi muore prigioniero, il suo testamento si reputa valido in virtù della *lex Cornelia ;* secondo la quale si finge che il testatore sia morto pria di cadere nelle mani del nemico, e però quando era ancora libero *civis*. *Fictio legis Corneliae*. La demenza sovraggiunta non è di ostacolo alla validità del testamento già fatto.

L'avvenimento, di che parliamo, può inoltre colpire il *contenuto del testamento*, e per moltiplici guise. Ora può colpirlo in modo che il testamento s' invalidi da per sè, sia perchè nessuno degli eredi diretti già validamente instituiti può conseguire la credità, *destitutum testamentum*, sia perchè un *postumus agnascitur*, il quale *rompe* il testamento, *ruptum testamentum*. Ora può colpirlo in guisa che il testamento perde la sua efficacia non da per sè, ma per effetto di un atto che abbia avuto per iscopo di renderlo appunto inefficace. Tale si è l'impugnar che fecero (non senza vincere) il testamento alcune persone, alle cui giuste pretensioni non fu in esso abbastanza provveduto. Ma di ciò toccheremo i particolari nel capitolo quarto. Tale è sovrattutto l'atto proprio del testatore, col quale egli usa del dritto che giusta la essenza del testamento gli compete sino alla morte, di cangiare, cioè, la sua ultima volontà, e di *rompere* per tal modo il suo testamento: il che può fare o distruggendolo volontariamente, o col farne un altro che abbia pure la sua validità. La semplice rivocazione del testamento non è produttiva di effetti, salvo che sotto certe condizioni esattamente determinate da Giustiniano, cioè solo allora quando tale rivocazione si fece *apud acta* od innanzi a tre testimoni, e sieno inoltre scorsi dieci anni dalla formazione del testamento.

In tutti questi casi il testamento, secondo il dritto civile, così invalidato, resta privo per sempre di efficacia ancor quando l'ostacolo che si opponeva alla sua validità si fosse a tempo rimosso. Solamente il dritto pretorio, non in tutt' i casi, ma almeno secondo le circostanze, mantiene l'efficacia del testamento, cessato che sia l' ostacolo, col concedere all'erede in esso istituito e che gliene fece istanza una *secundum tabulas bonorum possessio*.

Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut id, quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut si ex eo nemo heres exstiterit. Pr., Inst., III, 1, *De hereditatibus, quae ab intestato deferuntur.*

Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest.... Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. Licinius Rufinus, fr. 210; Paulus, fr. 29, D. L, 17, *De reg. iur.*

Testamentum iure factum nsque eo valet, donec rumpatur, irritumve fiat.

Rumpitur autem testamentum, quum in eodem statu manente testatore, ipsius testamenti ius vitiatur. Si quis enim, post factum testamentum, adoptaverit sibi filium per Imperatorem enm, qui est sui iuris, aut per praetorem secundum nostram constitutionem eum, qui in potestate parentis fuerat, testamentum eius rumpitur quasi agnatione sui heredis.

Posteriore quoque testamento, quod iure perfectum est, superius rumpitur. Nec interest, exstiterit aliquis heres ex eo, vel non; hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit...

Alio quoque modo testamenta iure facta infirmantur, veinti quum is, qui fecerit testamentum, capite deminutus sit. Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, quum alioquin, et quae rumpuntur, irrita fiunt, et quae statim ab initio non iure fiunt, irrita sunt; et ea, quae iure facta sunt, postea propter capitis deminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed, quia sane commodius erat, singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quaedam non iure facta dicuntur, quaedam iure facta rumpi, vel irrita fieri. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae, ab initio iure facta, propter capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam, si septem testium signis signata sunt, potest scriptus heres secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere, si modo defunctus et civis romanus, et suae potestatis mortis tempore fuerit.

Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id nolnit valere, nsque adeo, ut, et si quis, post factum prius testamentum, posterius facere coeperit, et, aut mortalitate praeventus, aut quia eum eius rei poenituit, non perfecisset, divi Pertinacis oratione cautum est, ne alias tabulae priores iure factae irritae fiant, nisi sequentes iure ordinatae et perfectae fuerint. Pr., §. 1, 2, 4, 5 et 7, Inst., II, 17, *Quibus modis testamenta infirmantur.*

Eius, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit, sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, sive redierit, valet iure postliminii, sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia. §. 5, Inst., II, 12, *Quibus non est perm. facere testam.*

Lege Cornelia, qnae perinde successionem eius confirmat, atque si in civitate decessisset. Ulpianus, Frag., tit. XXIII, §. 5.

Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quae testamento scripta sunt. Pompon., fr. 9, D. XXVI, 2, *De testamentaria tutela.*

§. 204.

Capacità di succedere ed ordine di successione.

Quando occorre di dover parlare della successione ab intestato, non più che tre sono le quistioni, nelle quali si riduce tutto il sodo della cosa.

1.° Quali congiunti del defunto sono chiamati propriamente alla sua successione ab intestato?

2.° In qual ordine e con qual grado vi si chiamano prima, in compagnia o dopo degli altri?

3.° In ultimo, allorchè più persone vi sieno chiamate tutte insie-

me a un medesimo tempo, in qual modo va partita tra loro la eredità ?

Quanto a tutti questi punti, massime per i due primi, diciamo avere la successione intestata ricevuto col processo del tempo svariati mutamenti, per forma che il carattere primitivo della successione legale sembra quasi onninamente scomparso. Ondechè gli è forza che cotesti due punti principali sieno pria di tutto discorsi per noi nella storica esposizione che segue.

§. 205.

Storia della successione ab intestato.

Gai. *Comm. lib. III*, §. 1, *sq. Inst. lib. III. tit.* 1, *de hereditatibus, quae ab intestato deferuntur, tit.* 2, *de legitima agnatorum successione, tit.* 3, *de senatusconsulto Tertulliano. tit.* 4, *de senatusconsulto Orphitiano, tit.* 5, *de successione cognatorum. tit.* 6, *de gradibus cognatorum. Dig. lib. XXXVIII. tit.* 6. *si tabulae testamenti nullae extabunt, unde liberi. tit.* 7, *unde legitimi, tit.* 8. *unde cognati. tit.* 16, *de suis et legitimis heredibus. tit.* 17, *ad senatusconsultum Tertullianum et Orphitianum. Cod. lib. VI, tit.* 14, *unde liberi. tit.* 15, *unde legitimi et unde cognati. tit.* 55 — 59.

Egli è conforme alla natura della cosa che le leggi, mancando un testamento, in considerazione di esistenti vincoli di famiglia chiamino alla eredità di un trapassato i suoi superstiti congiunti. Ma il vedere quali di loro siano preferiti dipende al tutto dalle idee dominanti nel popolo e nello Stato sulla essenza della famiglia.

Quel che qualificava la *legitima successio* dell'antico dritto romano era la peculiare limitazione del concetto di famiglia entro la sfera dell'agnazione.

Di qui spiegasi il fatto storico che per lungo tempo ogni dritto a succedere ab intestato si fondò solamente sull'*agnatio* e sull'ampliazione di essa, la *gentilitas*, mentre la semplice *cognatio*, come tale, fosse pure la più prossima, non conferiva alcuna legale pretensione. Del che fu ancora questo un effetto, che per ogni *minima capitis deminutio* il dritto di successione si perdeva in quella famiglia, alla quale si era prima appartenuto.

Nonpertanto l'ordine, con cui gli agnati ed i gentili succedevano, era il seguente. Il primo luogo l'occupavano i *sui heredes* (1) di un ascendente maschio defunto e senza divario di sesso o di grado di parentela, come pure senza distinguere se questa attenenza di suità trovasse la sua base in una vera nascita, in un'adozione e arrogazione, od in una *conventio in manum mariti*. Del resto questi *sui* non erano, veramente parlando, *chiamati* alla eredità del *paterfamilias*, ma senza più supposti eredi da per sè stessi. Perocchè la legge additava chi avesse dovuto ereditare dal defunto sol quando non esistessero *sui heredes*. In

(1) V. più sopra il §. 78.

questo caso l'eredità era deferita all'*agnatus proximus*, e per guisa che molti agnati, eguali tra sè di gradi, tutti insieme succedevano. A principio non era qui fatta distinzione alcuna per ragion del sesso; ma ben per tempo una restrizione vi si pose, e fu che le donne venian chiamate soltanto in qualità di *consanguineae*. Le vergini vestali non ereditavano *ab intestato*. In ultimo, in mancanza ancora degli agnati vi erano chiamati i *gentiles* (1).

Se il defunto era un manomesso, la condizione de'*sui* era la medesima che nella successione di un ingenuo, giacchè questi *sui*, senza che fossero propriamente chiamati, erano di per sè eredi del loro *parens*. Per contrario in mancanza di *sui*, nel luogo de' più prossimi agnati, poichè secondo la regola il manomesso n'era privo, ponevansi il patrono, la patrona ed i loro figliuoli.

Ciò che inoltre qualificava propriamente la *legitima hereditas*, era quel principio che fondavasi in una stretta interpretazione delle XII tavole : *in legitimis hereditatibus non est successio* ; il quale, per la classe de'*sui* molto naturalmente si chiariva al considerare che questi erano sempre eredi *ipso iure*, ma rispetto a quella degli agnati aveva alcun che di molto gravoso e di duro. Pur nullameno esso fu mitigato per mezzo del dritto che di mano in mano si accordò all' agnato più prossimo, di cedere, cioè, *in iure* ad un altro agnato la *legitima hereditas* prima del suo acquisto (2).

Col processo del tempo non poco si mutò questa condizione della successione ab intestato, parte da sè, vogliam dire per la successiva sparizione della *gentilitas*, parte per mezzo di nuovi principî giuridici che vi si cacciarono dentro. Anzi tutto è da notare il potere che v'ebbe il dritto pretorio mercè lo svolgimento della *intestati bonorum possessio*. Poichè nelle prime tre classi ch'ei stabilì, *ex edicto unde liberi*, *ex edicto unde legitimi*, ed *ex edicto unde proximi cognati*, il pretore concedeva la *bonorum possessio* non solo agli agnati cui già chiamava il dritto civile, ma anche a *tutti i cognati* sino al sesto ed in parte sino al settimo grado, a molti *pria*, ad altri in *concorrenza*, ad altri infine *dopo* degli agnati. In una quarta classe, *ex edicto unde vir et uxor*, la *intestati bonorum possessio* era accordata eziandio al coniuge superstite in mancanza di tutt' i parenti capaci di succedere. Quando poi si trattava della eredità di un *libertinus*, la sua successione era per simile guisa ordinata dal pretore per mezzo della *bonorum possessio*, però non senza far conto de'dritti del patrono e della sua famiglia. Qui si riferiscono le classi: *ex edicto tamquam ex familia*, *ex edicto patronos, patrona, liberi et parentes patroni patronaeve* ed *ex edicto unde cognati manumissoris*. Finalmente il dritto pretorio temperò il rigoroso principio del dritto civile: *in legitimis hereditatibus non est successio*, per mezzo di una *successio ordinum et graduum* introdotta almeno in parte per la *bonorum possessio*.

---

(1) V. più sotto il §. 256.
(2) V. più appresso il §. 256.

Ma ancor esso il nuovo dritto civile venne sminuendo in più parti il rigor primitivo della *successio legitima*. Poichè, sebbene ei restasse in tutto fedele al suo precedente principio, di potere, cioè, la sola *agnazione* dar propriamente dritto a succedere, pure per via di eccezione, almeno a certi cognati, in questa loro qualità, accordò alcuni limitati dritti di successione. Segnatamente il *Senatusconsultum Tertullianum*, al tempo di Adriano, accordò alla madre un dritto di succedere *ab intestato* a'suoi figli; però sotto un duplice presupposto, parte che la madre avesse il *ius trium* o *quatuor liberorum*, parte che il figlio defunto non lasciasse figliuoli, non padre, nè un *frater consanguineus*, i quali erano sempre preferiti alla madre. Inoltre il *senatusconsultum Orphitianum*, del tempo di Marco Aurelio, diede a'figli un dritto di successione nella eredità della loro madre escludendone gli altri *legitimi heredes*. In ultimo Valentiniano II e Teodosio concedettero a' figli il dritto di succedere a' loro più lontani ascendenti materni.

Intestatorum ingenuorum hereditates pertinent primum ad suos heredes, id est liberos, qui in potestate sunt, caeterosque, qui liberorum loco sunt. Si sui heredes non sunt, ad consanguineos, id est, fratres et sorores ex eodem patre. Si nec hi sunt, ad reliquos agnatos proximos, id est, cognatos virilis sexus, per mares descendentes, eiusdem familiae. Id enim cautum est lege duodecim tabularum hac : *si intestatus moritur, cui suus heres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto...*

Ad feminas ultra consanguineorum gradum legitima hereditas non pertinet. Itaque soror fratri sororive legitima heres fit. Ulpian., Frag. tit. XXVI, §. 1 et 6.

Si plures eodem gradu sunt agnati et... nemo eorum adierit, ad insequentem gradum ex lege hereditas non transmittitur, quoniam in legitimis hereditatibus successio non est. Ulpian., ibid., §. 5.

Si nullus agnatus sit, eadem lex duodecim tabularum gentiles ad hereditatem vocat. Gai., *Comm.*, III, §. 17.

Libertorum intestatorum hereditas primum ad suos heredes pertinet, deinde ad eos, quorum liberti sunt, velut patronum, patronam, liberosve patroni...

Legitimae hereditatis ius, quod ex lege duodecim tabularum descendit, capitis minutione amittitur. Ulpian., Frag., tit. XXVII, §. 1 et 5.

Lex duodecim tabularum ita stricto iure utebatur, et praeponebat masculorum progeniem, et eos, qui per feminini sexus necessitudinem sibi iunguntur, adeo expellebat, ut nequidem inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendae ius daret, nisi quod praetores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem, bonorum possessione *unde cognati* accommodata, vocabant. Sed hae iuris angustiae postea emendatae sunt. Et primus quidem divus Claudius matri, ad solatium liberorum amissorum, legitimam eorum detulit hereditatem. Postea autem senatusconsulto Tertulliano, quod divi Hadriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione matri, non etiam aviae deferenda cautum est, ut mater ingenua trium liberorum ius habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur intestatorum mortuorum. Pr., §. 1, 2 et 3, Inst., III, 3, *De senatusconsulto Tertulliano.*

Per contrarium autem, ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur, senatusconsulto Orphitiano, Orphitio et Rufo consulibus, effectum est, quod latum est divi Marci temporibus, et data est tam filio, quam filiae legitimae hereditas, etiamsi alieno iuri subiecti sunt, et praeferuntur et consanguineis et agnatis defunctae matris. Pr., Inst., III, 4, *de senatusconsulto Orphitiano.*

Et quum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. Et primo loco suis heredibus et his, qui ex edicto praetoris suis connumerantur, dat bonorum possessionem, quae vocatur *unde liberi*. Secundo legitimis heredibus. Tertio decem personis, quas extraneo manumissori praeferebat. Sunt autem decem personae hae: pater, mater, avus, avia, tam paterni, quam materni, item filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio, quam ex filia, frater, soror, sive consanguinei, sive uterini. Quarto cognatis proximis. Quinto tanquam ex familia. Sexto patrono et patronae liberisque eorum et parentibus. Septimo viro et uxori. Octavo cognatis manumissoris. §. 3, Inst., III, 9, *de bonorum possessionibus*.

§. 206.

Successione secondo la Novella 118 ne' suoi tratti fondamentali.

In questo stato di cose Giustiniano trovò un sistema di successione intestata complicato quanto altro mai, composto e della *bonorum possessio*, e di frammenti dell'antica e della nuova *legitima hereditas*, la quale, a malgrado de' molti sforzi contrapposti dalle novelle leggi civili, avea sempre per fondamento, come regola, la pura successione degli agnati provveniente dalle XII tavole. Poi ch'egli ebbe fatto molti cangiamenti parziali, si risolvè alla perfine di recare una piena riforma nella successione ab intestato del dritto civile. Questa nuovissima *legitima hereditas* si appoggia interamente sulle basi della *intestati bonorum possessio*, i cui principî direttivi però furono in parte trasportati alla *hereditas* in un modo più diffinito e compiuto; ed è quest'essa che oggidì suolsi comunemente chiamare, per la costituzione principale su cui si fonda, ordine di successione della novella 118 data fuori nell'anno 543. Importante supplemento ebbe poi questa costituzione imperiale dalla novella 127, che è dell'anno 547.

I tratti fondamentali di questa nuova successione *ab intestato* di dritto civile sono i seguenti:

Il dritto della legittima successione ereditaria vien accordato parte dalla parentela col defunto, nel che la cognazione, in quanto solo giuridicamente riconosciuta, vien assimigliata nel fatto ed interamente all'agnazione, parte dal vincolo coniugale in cui si era col testatore. Il semplice parentado nascente da matrimonio, o la così detta affinità, non dà mai verun dritto alla successione.

Tutti questi appartenenti e congiunti capaci di succedere vengon chiamati alla successione in un ordine determinato e per designate classi, *ordines*. Ogni primo *ordo*, ogni classe più vicina esclude la più rimota, e talvolta ancora, non mai però assolutamente e sempre, nella stessa classe di congiunti chi è più prossimo di grado esclude chi n'è più lontano. Ma la regola che qui suole valere e in modo più compiuto che non è nel dritto pretorio, il quale senza dubbio le servì di base, è la così detta *successio ordinum et graduum*.

Primamente, quanto a' *parenti* propriamente detti, Giustiniano distingue tre specie di essi, i discendenti, gli ascendenti ed i collate-

rali, ma non sì che ciascuna di queste specie di congiunti formi sempre da sè un ordine separato dalla successione ereditaria degli altri, ma talvolta parenti di diversa specie vengono insiem con loro chiamati nella stessa classe. Nella *prima* classe son chiamati i *discendenti* del defunto capaci di succedere, senza badare al sesso, alla potestà patria, e nè manco al grado della loro parentela con l'ascendente cui devono succedere, purchè stieno con lui in una *immediata* relazione di discendenti. Nella *seconda* classe, per contrario, son chiamati a succedere congiunti di diversa specie. Dapprima cioè gli *ascendenti* del defunto capaci di succedere, ma quando sieno molti, succedono soltanto i più prossimi per grado. Vi son chiamati eziandio di unita con gli ascendenti anche certi parenti collaterali, cioè i fratelli e le sorelle germane del defunto e i figli e le figlie di fratelli e sorelle germane del defunto stesso già morte. Nella *terza* classe vengono i fratelli e le sorelle consanguinee od uterine del defunto, e quando fossero trapassate prima di lui, i loro figliuoli maschi e femmine. Finalmente in una *quarta* classe van compresi gli altri parenti collaterali, i quali tutt' insieme vengono chiamati senza far distinzione tra que' che sieno germani, consanguinei od uterini col defunto; ma sempre però secondo la prossimità del grado.

Queste quattro categorie si sono espresse ne' seguenti così detti versi mnemonici.

Descendens omnis succedit in ordine primo ;
Ascendens propior, germanus filius ejus ;
Tunc latere ex uno junctus, quoque filius ejus ;
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

Per quel che concerne la successione de' coniugi, come tali, il pretore, *ex edicto unde vir et uxor*, in mancanza di tutt' i parenti capaci di succedere, accorda in primo luogo al coniuge superstite, o ch' e' sia vedovo o che vedova, nella forma di una *intestati bonorum possessio* tutta la eredità del defunto. Pertanto, secondo il dritto civile novissimo, la vedova può bene, in certe circostanze, anche quando il suo marito lasci parenti capaci di succedere, tòrre per sè, insiem con essi, una parte determinata di successione; la qual parte, di regola, corrisponde ad un quarto. La vedova ciò consegue quando ella sia povera e senza dote, ed il marito sia morto non isprovveduto de' beni della fortuna.

Il modo onde vien ripartita la eredità fra più parenti capaci di succedere ab intestato, vien indicato dalle leggi, e varia più che molto secondo le circostanze. Ora si divide *in capita*, ora *in stirpes*, o *lineas*, ora secondo un altro principio di divisione interamente speciale. Là dove un solo è chiamato a succedere, egli, com' è naturale, prende sempre tutta la eredità, salvo alcuna singolare eccezione.

Adfinitatis iure nulla successio permittitur. DIOCLETIAN., c. 7, C., VI, 59, *Communia de successionibus*.

Nullam veram volumus esse differentiam in quacunque successione aut hereditate inter eos, qui ad hereditatem vocantur, masculos ac foeminas, quos ad hereditatem communiter definimus vocari, sive per masculi, sive per foeminae personam defuncto iungebantur, sed in omnibus successionibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare, praecipimus. Iustinian., Nov. 118, c. 4.

Quia igitur omnis generis ab intestato successio tribus cognoscitur gradibus, hoc est ascendentium, et descendentium, et ex latere, quae in agnatos cognatosque dividitur, primam esse disponimus descendentium successionem.

Si quis igitur descendentium fuerit ei, qui intestatus moritur, cuiuslibet naturae aut gradus, sive ex masculorum genere, sive ex foeminarum descendens, et sive suae potestatis, sive sub potestate sit, omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur...

Si igitur defunctus descendentes quidem non relinquat heredes, pater autem, aut mater, aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis praeponi sancimus, exceptis solis fratribus ex utroque parente coniunctis. Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos praeponi iubemus, qui proximi gradu reperiuntur, masculos et foeminas, sive paterni, sive materni sint...

Si igitur defunctus neque descendentes, neque ascendentes reliquerit, primos ad hereditatem vocamus fratres et sorores ex eodem patre et ex eadem matre natos, quos etiam cum patribus ad hereditatem vocavimus. His autem non existentibus in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente coniuncti sunt defuncto, sive per patrem solum, sive per matrem. Si autem defuncto fratres fuerint et alterius fratris aut sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre his masculis et foeminis, et quanticunque fuerint, tantam ex hereditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes esset...

Si vero neque fratres, neque filios fratrum, sicut diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus, secundum uniuscuiusque gradus praerogativam, ut viciniores gradu ipsi reliquis praeponantur. Iustinian., Nov. 118, c. 1, 2 et 3.

Maritus et uxor ab intestato invicem sibi in solidum pro antiquo iure succedunt, quoties deficit omnis parentum liberorumve seu propinquorum legitima, vel naturalis successio, fisco excluso. Theodos., in c. un., C., VI, 18, *Unde vir et uxor*.

CAPITOLO QUARTO.

DELAZIONE DELLA SUCCESSIONE CONTRA LE DISPOSIZIONI DI UN TESTAMENTO.

§. 207.

Introduzione.

In origine il testatore, per ciò che tiene al *contenuto* del suo testamento, non era obbligato di osservare alcuna regola restrittiva, salvo quella che conformemente al concetto del testamento prescriveva d' istituire nella debita forma un erede diretto. Per contrario, ei potea scegliere con tutta libertà le persone che voleva istituire eredi o gratuirsi con alcun legato, purchè avessero la *testamenti factio*. Quindi non era mestieri ch' ei si prendesse alcun pensiero de' suoi parenti, fossero ancora i più prossimi quando non volea contemplarli;

non era in somma tenuto nè ad istituirli eredi, nè a lasciar loro alcuna cosa. Solamente di mano in mano ed in tempi diversissimi gli furono imposte moltiplici restrizioni, parte per mezzo di leggi, parte per opera della giurisprudenza, poichè gli si fè debito di aver considerazione, in un certo modo, di alcuni congiunti; altrimenti il testamento o era nullo sin dalle prime, o per lo meno poteva esser invalidato dappoi per effetto di una dimanda giudiziaria, o per qualsivoglia altra guisa.

In tutti questi casi gli è possibile che si venga or più or meno compiutamente, ora già secondo il dritto civile, ora almeno con l'aiuto del dritto pretorio, ad una successione *contra il contenuto e le intenzioni nettamente espresse di un dato testamento*. Il dritto romano non ha, gli è vero, una voce tecnica generale per tutti i casi di tal genere; perchè l'espressione, d'altra parte convenevolissima, di successione *contra tabulas testamenti* non è adoperata ne' nostri fonti giuridici che per certi casi di *bonorum possessio*, e non già eziandio per l'*hereditas*. In ogni caso così fatta successione si appresenta siccome un proprio modo di delazione spesso essenzialmente distinta tanto dalla successione testamentaria quanto dalla intestata. Senza dubbio essa, ne' suoi risultamenti, mena talvolta ad una successione ab intestato; ma allora gli è questo piuttosto un effetto meramente accidentale. Imperocchè, per contrario, l'ordine consueto della successione intestata vien non di rado per tal modo notevolmente modificato, giacchè almeno restano in vigore molte parti del testamento. Oltre di che la delazione della eredità spessissimo è quivi apparecchiata od introdotta per un modo affatto particolare ed insueto. Aggiugni che di qui vien pure una possibilità, la quale non è senza rilievo; e questa è, che un simile testamento possa sussistere a malgrado del difetto che racchiude, ovvero che questo difetto venga sanato di poi.

§. 208.

Obbligo del testatore di fare nel testamento una formale menzione di certi parenti.

Gai., *Comm., lib.* 11, §. 123, *seq. Inst., lib.* 11, *tit.* 13, *De exheredatione liberorum*, — *tit.* 17, *Quibus modis testamenta infirmantur. Dig., lib. XXVIII. tit.* 2, *De liberis et postumis heredibus instituendis, vel exheredandis. Cod., lib. VI, tit.* 28, *De liberis praeteritis vel exheredatis*, — *tit.* 29. *De postumis heredibus instituendis, vel exheredandis, vel praeteritis. Dig., lib. XXXVII, tit.* 4, *De bonorum possessione contra tabulas. Cod., lib. VI, tit,* 12, *De bonor.posses.contra tab. quam praetor liberis pollicetur.*

La più antica restrizione che fosse posta alla libertà del testatore consisteva nel dovere rigoroso già imposto dal diritto civile, di testare *rite*, cioè mentovare i *sui* nel testamento quando ne avesse, sia *istituendoli* eredi, *instituere*, sia *diseredandoli* formalmente, *exheredare*. Nel che si fu a principio, quanto alla diseredazione del *filius suus*,

molto più severi che non per quella degli altri *sui*, sino che Giustiniano non gli eqniparò tutti sotto questo riguardo. La *praeteritio* di un *suus* rendeva il testamento nullo di per sè ed in tutte le sue parti, e la ragione era questa, che secondo l'idea romana, i *sui*, morto che era il loro *parens*, divenivano *ipso iure* e necessariamente suoi eredi ogni qualvolta egli non avesse con l' espressa diseredazione impedito che la sua morte producesse questo effetto. Intanto il dritto civile non si rimase in questo al tutto conseguente a sè medesimo; perchè ei fece per lungo tempo seguir tale effetto rigoroso da sola la preterizione del *filius suus*, mentrechè quella degli altri *sui* non altro produceva che una modificazione della successione testamentaria a pro de'figliuoli omessi; cosicchè le figlie preteríte o nipoti concorrevano con gli eredi istituiti, cioè ereditavano con essi, vale a dire *in partem virilem* quando fossero istituiti de' *sui;* e quando altri eredi, *in dimidiam partem.* Ma qui pure Giustiniano equiparò tutti i *sui*. La preterizione di un *postumus suus* rompeva il testamento tostochè nascea dopo che si era fatto il testamento medesimo.

Poichè tutto ciò risultava dalla qualità di *suus*, e questa qualità si annichilava colla emancipazione, la preterizione de'figliuoli emancipati non era nocevole in verun modo, secondo il dritto civile, alla validità di un testamento. Ma il dritto pretorio ebbe cura di cotestoro allorchè almeno od erano discendenti proprii, o tali, che senza la loro emancipazione sarebbero stati nella stessa condizione de'*sui*. Questi eran quelli che si chiamavano alla *bonorum possessio intestati ex edicto unde liberi*. Veramente il pretore non iscorse nella preterizione di tai figliuoli, guardata in sè e per sè, un difetto così essenziale da indursi per ciò a negare in generale la *secundum tabulas bonorum possessio* per questo testamento; ma accordava agli emancipati preteríti la facoltà d'impugnare e ridurre al nulla per cagione della *praeteritio* il testamento dell' ascendente, col mezzo dell' *agnitio*, cioè chiedendo e provando di spettare a sè una *contra tabulas bonorum possessio*, la quale era più che la *secundum tabulas bonorum possessio*. L'effetto che ne seguiva, distrutto il testamento, era una successione affatto peculiare, la quale si apriva a pro de'discendenti e preteríti ed istituiti, parte contrariamente, parte conforme al contenuto del testamento medesimo. Essa, quindi, non si potea risguardare siccome un' ordinaria e mera successione ab intestato, come questa suole aver luogo allorchè si tratti di lasciare ineseguito un testamento in tutte le sue parti.

Il *testamentum militis* era al tutto libero da queste restrizioni di dritto civile, non meno che di dritto pretorio.

Sui heredes instituendi sunt, vel exheredandi. Sui autem heredes sunt liberi, quos in potestate habemus, tam naturales, quam adoptivi, item uxor, quae in manu est, et nurus, quae in manu est filii, quem in potestate habemus. Postumi quoque liberi, id est qui in utero sunt, si tales sunt, ut nati in potestate nostra futuri sint, suorum heredum numero sunt. Ex suis heredibus filius quidem, neque heres institutus, neque nominatim exheredatus, non patitur valere testamentum. Reliquae vero personae liberorum, velut filia, nepos, neptis, si praeteritae sint,

valet testamentum, sed scriptis heredibus adcrescunt, suis quidem heredibus in partem viriiem, extraneis in partem dimidiam. Postumi quoque liberi cuiuscunque sexus omissi, quod valuit testamentum, agnatione rumpitur... Filius, qui in potestate est, si non instituatur heres, nominatim exheredari debet. Reliqui sui heredes utriusque sexus aut nominatim, aut inter ceteros. Ulpianus, fr., tit. XXII, §. 14-21.

In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam filiusfamilias appellatur, sicut paterfamilias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa, licet non sint heredes instituti, tamen domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat. Paulus, fr., 11, D., XXVIII, 2, *De liberis et postumis.*

Emancipatos liberos quum iure civili neque heredes instituere, neque exheredare necesse sit, tamen praetor iubet, si non instituantur heredes, exheredari, masculos omnes nominatim, foeminas vel inter caeteros. Alioqui contra tabulas bonorum possessionem eis pollicetur. Ulpian., Frag., tit. XXII, §. 23.

Sed haec quidem vetustas introducebat. Nostra vero constitutio inter masculos et foeminas in hoc iure nihil interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreatione similiter naturae officio fungitur, et lege antiqua XII Tabularum omnes similiter ad successiones ab intestato vocabantur, quod et praetores postea secuti esse videntur; ideo simplex ac simile ius et in filiabus, et in caeteris descendentium per virilem sexum personis non solum natis, sed etiam postumis, introduxit, ut omnes, sive sui, sive emancipati sunt, aut heredes instituantur, aut nominatim exheredentur, et eumdem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda et hereditatem auferendam, quem filii sui, vel emancipati habent, sive iam nati sunt, sive adhuc in utero constituti, postea nati sunt. §. 5, Inst., II, 13, *de exheredatione liberorum.*

§. 209.

Obbligo imposto al testatore di non obliare certi parenti nel modo indicato dalla legge, cioè di lasciar loro la legittima.

Inst., lib. 11, tit. 18, De inofficioso testamento. Dig., lib. V, tit. 2, De inoff. test. Cod., lib. III, tit. 28, De inoff. test., — tit. 29, De inofficiosis donationibus. Inst., lib. III, tit. 7, 8, De successione libertorum. Dig. lib. XXXVIII, tit. 2, De bonis libertorum. Cod., lib. VI, tit. 4, de bonis libert. et iure patronatus. tit. 13, de bonorum possessione contra tabulas liberti, quae patronis liberisque eorum datur.

L'obbligo sopraddetto d'istituire o diseredare formalmente i suoi *sui* ed *emancipati* non era in sostanza che una restrizione formale per il testatore, perocchè ei non era per nulla costretto di lasciare contra il voler suo qualche cosa a cotestoro quando osservasse la forma prescritta per la diseredazione. Per contrario, anche lasciandosi a queste persone alcuna cosa senza adoprare la forma dell' istituzione di erede, il testamento non si poneva al sicuro dagli effetti della preterizione. Ma di presso a cotesto obbligo d'istituire o diredare, senza però aver nulla che fare con esso, un altro dovere più favorevole a' ma-

teriali interessi de'suoi congiunti si formò a poco a poco per il testatore, pria per opera di una giureprudenza un po' fluttuante nel foro centumvirale, poi di leggi che diedero a questo dovere e conferma e più stabile forma. Esso va imposto non pure agli ascendenti maschi relativamente a' *sui* ed agli *emancipati* già loro equiparati, ma, quando è il caso, ad ogni testatore, senza riguardo del sesso o della *patria potestas*. Il solo testamento militare va pure esente da siffatta legale prescrizione.

Laonde il testatore non può per ragion di pietà preterire del tutto certi prossimi congiunti (i quali han facoltà di succedere ab intestato secondo il giure civile ed il dritto pretorio), ma deve lasciar loro qualche cosa. Almeno è forza che lasci una parte legalmente determinata della porzione ereditaria che loro sarebbe spettata ab intestato, la *portio lege debita, portio legitima*, la così detta oggidì *legittima* o *riserva*, vuoi sotto la forma d' istituzione di erede, vuoi sotto quella di un semplice legato. Però ciò vale quando per mal contegno di vita non siansi resi indegni di tale beneficio. Questa legittima apparteneva, in tutti i casi, a' discendenti ed agli ascendenti del testatore, poichè potevano chiedere, se non altro, almeno una quarta parte della loro quota ab intestato, la *quarta falcidia*. Quindi ogni totale mancanza o parziale diminuzione di legittima, e fossero state pure nel testamento preferite ad essi persone onorande, non produceva alcun effetto senza bisogno di farlo dichiarare. Per contrario, i fratelli e le sorelle germane e le consanguinee non potevano moverne querela se non quando il testatore avesse lor fatto l'insulto di anteporre persone infami o, come che fosse, di perversità vergognosa.

Se il testatore non abbia ben fornito questo dovere, non perciò il testamento è invalido in sè per disposizione di dritto civile o di dritto pretorio. Ma i legittimari pregiudicati in tal modo ed offesi nelle loro ragioni possono, dopo la morte di lui e fra lo spazio di cinque anni, levarsi contro e distruggere questo testamento mercè la *querela inofficiosi testamenti*, come quello che avversa un dovere, e col pretesto, non conseguente di certo, che il testatore non fosse sano della mente. In questo caso, riuscendo essi vittoriosi nel giudizio contro gli eredi istituiti, pervengono alla successione intestata sebbene non al tutto semplicemente, ma con alcune modificazioni. Del rimanente questa *querela inofficiosi testamenti*, per analogia della quale si è formata più tardi la *querela inofficiosae donationis s. dotis*, è un' azione non favoreggiata in alcun modo dalla legge; la qual cosa chiarifica per semplice guisa non poche particolarità che le sono proprie.

Più tardi Giustiniano elevò il valore totale della legittima, certo almeno pe' discendenti, secondo le circostanze, ora alla metà, ora al terzo di quel che avrebbero avuto se fossero succeduti ab intestato; e per giunta, fermò molte nuove regole circa il dritto di porre la *querela inofficiosi testamenti*. Qui vuolsi segnatamente riferire ancor questo, che soltanto un totale sottraimento della legittima autorizza l'offeso a mover cotesta querela, ad impugnare il testamento come inoffi-

cioso. Perocchè se gli si lasci qnalcosa, ma troppo poca, egli può solo, *salvo testamento*, chiedere all' erede istituito quel che manca a compimento della legittima. La così detta *actio ad supplendam legitimam*.

Una conseguenza naturale del vincolo di patronato era, che ancor essi il *patronus* e la *patrona* aveano dritto ad una certa legittima quando il manomesso facesse un testamento e fosse privo di discendenti propri che potessero a lui succedere ab intestato. Però la misura di questa *legitima portio*, ed il modo onde bisognava reclamarla, si regolavano con principi diversi da quelli che eran posti per gl' ingenui.

Quia plerumque parentes sine causa liberos suos vel exheredant, vel omittunt, inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur, aut inique se exheredatos, aut inique praeteritos, hoc colore, quasi non sanae mentis fuerunt, quum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit; sed recte quidem fecit testamentum, non autem ex officio pietatis. Nam, si vere furiosus est, nullum est testamentum.

Non tantum autem liberis permissum est, parentum testamentum inofficiosum accusare, verum etiam parentibus liberorum. Soror autem et frater turpibus personis scriptis heredibus ex sacris constitutionibus praelati sunt. Non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres igitur et sorores cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.

Quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit; sive iure hereditario, sive iure legati, vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos, in his tantummodo casibus, quorum nostra constitutio mentionem facit, vel aliis modis, qui constitutionibus continentur. Pr. §. 1 et 6, Inst., II, 18, *de inofficioso testamento*.

Tam autem naturales liberi, quam, secundum nostrae constitutionis divisionem, adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio iure ad defuncti bona venire possint. Nam, qui ad hereditatem totam, vel partem eius alio iure veniunt, de inofficioso agere non possunt. §. 2, Inst. eod.

§. 210.

Ultima restrizione imposta al testatore dalla Novella 115.

Alle due restrizioni legali che già esistevano Giustiniano per mezzo della Novella 125 ne aggiunse una terza, la cui relazione con quelle due prime non è certo molto chiara.

Egli ordinò di dovere il testatore non solo non obliare i suoi discendenti od ascendenti lasciando ad essi la legittima nel modo adoperato insino a quell'ora sempre che non meritassero di essere diseredati, ma onorarli eziandio con istituirli *eredi diretti* nel suo testamento. Adnnque e' non basta che solamente si faccia loro un *legato*, siccome per lo innanzi si era usi di fare.

Inoltre, dichiarò potere il testatore privare della legittima i suoi discendenti od ascendenti; però ciò volle non più rimettendo all' arbitrio del giudice l' esame della ragione o del torto di tale operare, ma solo pe' motivi in quella nuova sua legge precisamente determinati così pe' discendenti, come per gli ascendenti. I quali motivi si do-

veano enunciare nel testamento, e, al bisogno, provare dall' erede testamentario.

L'essersi operato in ispreto di una di queste prescrizioni della Novella 115 si trae dietro, ad istanza di chi ne fu leso, la nullità del testamento, ma senza che per questo sia bisogno d'impugnarlo e di farlo rescindere; ciò segue di dritto; però questa nullità colpisce soltanto le *istituzioni di erede* contenute nel testamento; le altre disposizioni rimangono valide.

Tutto il novissimo ordinamento di Giustiniano risguarda in generale soltanto i discendenti ed ascendenti che hanno dritto alla legittima. Perocchè, rispetto a quella de' fratelli e sorelle, de' quali non si fa punto menzione nella novella anzidetta, è rimasto in vigore ciò che l'antico dritto disponea.

Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae, suum filium, vel filiam, vel caeteros liberos praeterire, aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum, eis dederit legibus debitam portionem; nisi forte probabuntur ingrati et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento. Sed, quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diversis legibus dispersas et non aperte declaratas invenimus,.. ideo necessarium esse perspeximus, eas nominatim praesenti lege comprehendere ut, praeter ipsas, nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in huius constitutionis serie continentur.

Sancimus, non licere liberis, parentes suos praeterire, aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus testandi habent licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas enumeravimus, in suis testamentis specialiter enumeraverint...

Si autem haec omnia non fuerint observata, nullam vim huiusmodi testamentum, quantum ad Institutionem heredum habere sancimus, sed, rescisso testamento, eis, qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res eius dari disponimus, legatis videlicet, vel fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus, seu aliis capitulis suam obtinentibus firmitatem. JUSTINIANUS in Nov. 115, cap. 3 et 4.

CAPITOLO QUINTO.

ACQUISTO DELLA EREDITA'.

§. 211.

Nozione generale.

La *delazione* della eredità in sè e per sè e secondo i principî generali di dritto dà certamente a colui, a pro del quale essa segue, la *possibilità giuridica* di *divenire erede;* ma perchè ei divenga *realmente* tale vi è pur bisogno di un fatto particolare di *acquisto*, o non è che accidentale il vedere talvolta questi due avvenimenti, la *delazione* e l' *acquisto*, coincidere nel medesimo momento. D'ordinario la delazione precede l'acquisto più o meno lungamente; ma questo acquisto non può mai con efficacia aver luogo prima di essa.

Quando avviene che tutto il patrimonio ereditario, dopo la morte di chi lo ha lasciato, resti alcun tempo senza essere raccolto da un erede, stantechè l' acquisto od anche, se vuolsi, la delazione dell' eredità vien ritardata per qualche causa, esso, in questo mezzo tempo, si addimanda *hereditas iacens*. In tal caso questa vien risguardata come un patrimonio sussistente per sè mediante la finzione che il defunto continui a vivere in lui (1). Ma poi, seguito che ne sia l'acquisto, tale finzione finisce, e per effetto di un'altra finzione esso opera sul passato come se il chiamato avesse acquistato la eredità sin dal momento della morte del suo autore (2).

Hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis iuris civilis comprobatum est. ULPIANUS, in fr. 34, D. XLI, 1, *de adq. rer. dom.*

§. 212.

Adizione dell' eredità.

GAI., *Comm., lib. II*, §. 152, *seq. Inst., lib. II, tit.* 19, *de heredum qualitate et differentia. Dig., lib. XXIX, tit.* 2. *de adquirenda, vel omittenda hereditate. Cod., lib. VI, tit.* 30, *de iure deliberandi, et de adeunda vel adquirenda hereditate. Cod., lib. VI, tit.* 9, *qui admitti ad bonorum possessionem possunt, et intra quod tempus.*

Il fondamento dell'acquisto dell'eredità, già mentovato nel precedente paragrafo, sta regolarmente nella propria volontà del chiamato, e perciò nel dichiarare ch' ei fa di volere effettivamente accettare, avere la eredità. *Aditio hereditatis*. Tuttavia gli è d'uopo che qui si faccia per più rispetti una distinzione fra l' adire l' *hereditas* e l' adire la *bonorum possessio*.

L' adizione della *hereditas*, l' *hereditatis aditio* nel significato più largo, facevasi o in una forma solenne determinata, per mezzo della *cretio*, col *cernere* o, senza questa solennità, con una semplice dichiarazione, *nuda voluntate*, l' *aditio* nel senso più stretto. La *cretio* non poteva aver luogo che in una successione testamentaria, ed era doverosa per l' erede sol quando vi fosse stato un ordine peculiare del testatore (3). Per contrario, l' adizione non solenne, l' *aditio hereditatis*,

(1) V. più sotto il §. 214.
(2) V. più sotto il §. 214.
(3) Crediamo di dover qui fare poche parole, affinchè chi ricorda il §. 167, lib. II delle Istituzioni di Gaio, non sia corrivo, come fu il Pellat, a disapprovare questa proposizione del nostro autore con allegare il brano di quel giureconsulto. Ei nota mancanza di esattezza nella su indicata proposizione di Marezoll, perchè egli dice, l' erede istituito *sine cretione* e l'erede *ab intestato* possono acquistare l'eredità, *aut cernendo, aut pro herede gerendo, vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis*, e rinvia a Gaio loc. cit. Noi, per contrario, teniamo che tal proposizione abbia buon fondamento di vero, e che non si sarebbe potuto esprimerla meglio. La voce *cretio* usata nel proprio significato giuridico che avea nel tempo della giureprudenza classica esprime il dovere imposto all' erede di delibe-

può aver luogo così nelle successioni testamentarie, come in quelle ab intestato, ed è restata sola nel nuovo dritto romano dopo che la *cretio* (*scrupulosa solennitas*) fu andata in disuso. Essa consiste in ogni dichiarazione, sia pur stragiudiziale e nuda, del chiamato, di volere accettare l'eredità; nondimeno, come *actus legitimus*, non si può farla validamente che da lui stesso in persona. Il *pro herede gerere*, la cui efficacia è interamente simile a quella della *cretio*, contiene la stessa dichiarazione di volontà; solo non è che tacita e risultante da atti positivi. Nulla rileva il tempo in che si faccia codesta dichiarazione di volontà: basta che non siasi fatta *innanzi* la delazione. Per contrario, al chiamato non è, di regola generale, prescritto dal momento in cui può adire la eredità un certo spazio di tempo, durante il quale abbia da accettare sotto pena di perdere il suo dritto. Pure qui non mancano alcune eccezioni. L'una è quando alcuno sia stato istituito erede nel testamento a condizione di dichiarare la sua volontà in un tempo determinato, *sub cretione*, il che può aver luogo eziandio nel nuovissimo dritto dopo che è scomparsa la forma solenne della *cretio*. L'altra è quando certe persone interessate nell'acquisto o nella rinuncia della eredità faccian pressa al chiamato che indugia a prendere una decisione diffinitiva, e questi si fa dare per conseguenza uno *spatium deliberandi*.

Non così va la cosa per l'*agnitio*, *petitio*, *admissio* della *bonorum possessio*. In ogni tempo fu potuta fare non solo dalla persona stessa del chiamato ma anche da un procuratore; oltre ciò, almeno nel nuovo dritto romano, giusta una costituzione de' figliuoli di Costantino, si può farla eventualmente, prima della *delatio* seguita a pro della persona designata, *intra alienam vicem*, ma sempre però dopo la morte. Non pertanto ci fu mai sempre un termine pretorio per farla da decorrere dal momento della delazione conosciuta; il qual tempo era, secondo i casi, circoscritto ad un *annus utilis*, od a *centum dies utiles*. Doveasi farla eziandiò innanzi ad un giudice; un tempo avanti il pretore, poi, secondo il nuovo dritto romano, *apud quemlibet magistratum*. Soltanto assai di rado e per eccezione bisognava ottenere

---

rare, se debba o no accettare la eredità in *certorum dierum spatium*; il tempo, durante il quale ei deve deliberare, non che la sua solenne dichiarazione innanzi a testimoni: quindi le frasi, *cretionem dare*, *finito tempore cretionis*, *intra diem cretionis*, *cum cretio finita sit* (Ulp. frag. 22, §. 25. Isidor. 5, Etymol. c. 24). Ora questo dovere e perciò questo spazio determinato di tempo non si avea nelle successioni intestate, e nè manco nelle testamentarie deferite *sine cretione*; in esse l'erede *quocumgue tempore* VOLUERIT poteva adire l'eredità *aut cernendo aut pro herede gerendo*, *vel etiam nuda voluntate* (Gaio, loc. cit.). La *cretio* adunque era condizione che poteva imporre il solo testatore; similmente il *dare cretionem* era un suo dritto; il *cernere hereditatem* era *obbligo* per l'*heres cum cretione institutus*, il quale perciò dovea fare *formalmente* la sua dichiarazione; ed era *facoltà* per l'erede istituito senza di essa. Forse in origine gli agnati ed i gentili doveano far uso della *cretio* nell'adizione di una eredità intestata. Vedi VERING, *Römisches Erbrecht*, pag. 490 a 496. PUCHTA, *Cursus der Inst.* vol. 5, §. 312. — *Il Trad.*

un decreto speciale che concedesse espressamente la *bonorum possessio;* non bastava, di regola, che una semplice domanda della *bonorum possessio* insieme con l' indicazione della parte dell' editto che s' invocava. *Edictalis bonorum possessio* in contrapposto alla *decretalis.*

Il servo altrui, istituito erede, non può naturalmente accettare l'eredità che per ordine ed a pro del suo padrone. Lo stesso valeva un tempo assolutamente anche pel *filiusfamilias*, il quale non adiva una eredità che per ordine del suo *parens*, e in conseguenza solo per costui l' acquistava. Ma nel nuovo dritto romano, poi che fu introdotto il così detto *peculium adventicium*, non così restarono le cose per rispetto al *filiusfamilias*, in quanto che questi ebbe facoltà di accettare l'eredità per sè stesso, e sol quando non avesse voluto, poteva l'ascendente accettarla per sè medesimo. Da' moltiplici ed importanti obblighi che trae dietro di sè l' acquisto di una eredità naturalmente consegue che colui, il quale non possa obbligar sè ed il suo patrimonio senza l'autorità del suo tutore, nè tampoco può accettare un'eredità senza l' assistenza di lui.

Se l'erede chiamato a raccogliere una eredità non la voglia e non peranco l'abbia accettata, può in ogni tempo rinunciare ad essa, *repudiare*, ma sempre però dopo che sia seguita la delazione. In ogni caso il chiamato deve o rinunciare *tutta* l' eredità, o *tutta* accettarla, ed appunto così come gli è deferita ; imperciocchè la persona del defunto, ch' egli è tenuto a continuare siccome erede, è, per questo rispetto, indivisibile.

Dopo di avere rinunciato non si può più accettare, salvo il caso in cui l' erede fosse stato istituito *sub cretione ;* poichè in tal caso, durante il tempo prefisso dal testatore, ei potrebbe disdirsi, rivocar la rinuncia mediante la *cretio.*

Extraneus heres, si quidem cum cretione sit heres institutus, cernendo fit heres, si vero sine cretione, pro herede gerendo.

Pro herede gerit, qui rebus hereditariis tanquam dominus utitur, veluti qui auctionem rerum hereditariarum facit, aut servis hereditariis cibaria dat.

Cretio est certorum dierum spatium, quod datur instituto heredi ad deliberandum, utrum expediat ei adire hereditatem, nec ne, velut : *Titius heres esto, cernitoque in diebus centum proximis, quibus scieris poterisque ; nisi ita creveris, exheres esto.*

Cernere est verba cretionis dicere ad hunc modum : *quum me Maevius heredem instituerit, eam hereditatem adeo cernoque...*

Cretio autem vulgaris dicitur, aut continua. Vulgaris, in qua adjiciuntur haec verba : *quibus scieris poterisque ;* continua, in qua non adjiciuntur. Ei, qui vulgarem cretionem habet, dies illi tantum computantur, quibus scit, se heredem institutum esse. Ei vero, qui continuam habet cretionem, etiam illi dies computantur, quibus ignoravit, se heredem institutum, aut scivit quidem, sed non potuit cernere. Ulpian., fr. tit. XXII, §. 25-32.

Cretionum scrupolosam solemnitatem hac lege penitus amputari decernimus. Arcad., Honor. et Theodos., c. XVII, C., VI, 30, *de iure deliberandi.*

Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres. Ulpian., fr. 10, D. XXIX, 2, *de adquir. vel omitt. hereditate.*

Bonorum possessio datur parentibus et liberis intra annum, ex quo petere

potuerunt, caeteris intra centum dies. Qui omnes intra id tempus si non petierint, ad bonorum possessionem sequens gradus admittitur, perinde ac si superiores non essent. Ulpian., fr. tit. XXVIII, §. 10.

Ut verborum inanium excludimus captiones, ita hoc observari decernimus, ut apud quemlibet iudicem, vel etiam apud duumviros, qualiscunque testatio amplectendae hereditatis ostendatur, statutis prisco iure temporibus coarctanda, eo addito, ut, etiamsi intra alienam vicem, id est, prioris gradus properantius exseratur, nihilominus tamen efficaciam parem, quasi suis sit usa curriculis, consequatur. Constantinus, c. 9, C., VI, 9, *Qui admitti ad bonor. poss. possunt.*

More nostrae civitatis neque pupillus, neque pupilla sine tutoris auctoritate obligari possunt. Hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est. De ea autem hereditate loquimur, in qua non succedunt huiusmodi personae quasi necessariae. Ulpian., fr. 8, pr., D. XXIX, 2, *de adquir. vel omitt. hered.*

Qui totam hereditatem adquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest. Paulus, fr. 1, D. eod.

Is, qui heres institutus est, vel is, cui legitima hereditas delata est, repudiatione hereditatem amittit. Hoc ita verum est, si in ea causa erat hereditas, ut et adiri posset. Caeterum heres institutus sub conditione, si ante conditionem existentem repudiavit, nihil egit. Ulpian., fr. 13, pr., D. eod.

Sine cretione heres institutus, si constituerit, nolle se heredem esse, statim excluditur ab hereditate, et amplius eam adire non potest. Cum cretione vero heres institutus, sicut cernendo fit heres, ita non aliter excluditur, quam si intra diem cretionis non creverit. Ideoque etiamsi constituerit nolle se heredem esse, tamen, si supersint dies cretionis, poenitentia actus, cernendo heres fieri potest. Ulpian., fr. tit. XXII, §. 29 et 30.

§. 213.

Acquisto dell' eredità ipso iure.

Gai. *Comm. lib.* II, §. 152 *seq. Inst. lib.* II, *tit.* 19, *de heredum qualitate et differentia.*

Nessun uomo, almeno un *homo sui iuris*, può essere costretto ad accettare un'eredità che gli sia deferita. Pure sin dalle prime il dritto romano fermò il principio che certe persone, per effetto di una *potestas* che il defunto avesse goduta su di esse insino alla sua morte, acquistassero la eredità *ipso iure*, volessero o no, nell' istante medesimo in cui si fosse loro deferita. Queste persone, per distinguerle dagli *extranei heredes*, cioè a dire da tutti gli altri chiamati, si addimandano, a cagione di siffatta necessità legale, *necessarii heredes. Necessarii* si dicono senza più quando il motivo, per cui elleno acquistano l' eredità *ipso iure*, dimori nella *dominica potestas* che si avea su di esse; all' incontro diconsi *sui et necessarii* quando tal motivo sia riposto in un'altra *potestas*, che il defunto abbia avuta immediatamente su i chiamati pria della sua morte, cioè nella *patria potestas*, o nella *manus mariti*. La quale distinzione non vuolsi dire senza importanza, in quanto che i *sui et necessarii heredes*, e non i *necessarii heredes* possono approfittare del *beneficium abstinendi* che lor concede il pretore. Veramente, per mezzo di questo astenersi dalla eredità i *sui heredes*

non si riducono nella stessa condizione, nella quale vengono gli *heredes* mercè la *repudiatio, omissio* della eredità che fu loro deferita; imperocchè cotesti *sui* eredi, essendo stati una volta eredi, restano di necessità sempre tali, almeno di nome, giusta un principio rigorosamente osservato da' Romani. Tuttavolta con questo astenersi dall'eredità il *suus et necessarius heres* secondo la natura della cosa si esime da tutte le conseguenze e molestie che sogliono provenirne, e che essi avrebbero, come eredi, necessariamente sofferte. Solo questo *ius abstinendi* non ha luogo quando il *suus* siasi già ingerito nella eredità, abbia, cioè, fatto per essa quel che per gli *estranei heredes* sarebbe valuto come un *pro herede gerere*, od abbia distolta, cioè involata *dolose* e segretamente per sè qualche cosa appartenente alla medesima eredità.

Del rimanente, tutta la differenza che corre tra gli *extranei* ed i *necessarii heredes* si riferisce soltanto alla *hereditas*; giacchè la *bonorum possessio* non è mai acquistata *ipso iure*.

Heredes autem necessarii dicuntur, aut sui et necessarii, aut extranei. Necessarius heres est servus heres institutus. Ideoque sic appellatur, quis, sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus liber et necessarius heres fit. Unde, qui facultates suas suspectas habent, solent servum suum primo, aut secundo, aut etiam ulteriore gradu heredem instituere, ut, si creditoribus satis non fiat, potius eius heredis bona, quam ipsius testatoris a creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea, quae post mortem patroni sui sibi adquisierit, ipsi reserventur.

Sui autem et necessarii heredes sunt veluti filius, filia, nepos, neptisve ex filio, et deinceps caeteri liberi, qui in potestate morientis modo fuerint... Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam, si quis intestatus moritur, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omnino, sive velint, sive nolint, tam ab intestato, quam ex testamento, ex lege XII Tabularum heredes fiunt. Sed his praetor permittit volentibus abstinere ab hereditate, ut potius parentis, quam ipsorum bona similiter a creditoribus possideantur.

Caeteri, qui testatoris iuri subiecti non sunt, extranei heredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti, extranei heredes videntur. Pr., §. 1, 2 et 3, Inst., II, 19, *de heredum qualitate et differentia*

Sed his (suis et necessariis heredibus) praetor permittit, abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona veneant. Idem iuris est et in uxoris persona, quae in manu est, quia filiae loco est, et in nurus, quae in manu filii est, quia neptis loco est.

Quin similiter abstinendi potestatem facit praetor etiam mancipato, id est, ei, qui in causa mancipii est, quum liber et heres institutus sit, quum necessarius, non etiam suus heres sit, tanquam servus. Gaius, *Comm.*, II, §. 158-160.

Invito autem nemini bonorum possessio adquiritur. Ulpian., fr. 2, §. 3, D., XXXVII, 1, *de bonor. possessione*.

§. 214.

Effetti dell' acquisto dell' eredità in generale.

Mercè l' acquisto della eredità colui che vi è chiamato diviene *effettivamente erede;* cioè dire che in virtù di una *per universitatem successio* ei prende come *rappresentante del defunto* tutta la personalità di quest' ultimo quanto a' beni, e per modo sì compiuto che la rende sua propria. Ed appunto perchè non si può mica rinunciare alla propria personalità, non lice essere erede per alcun tempo, ma si deve sempre rimaner tale. *Semel heres, semper heres.* Inoltre, poichè la conseguenza giuridica e lo scopo del dritto successorio richiedono che questa personalità del defunto sia continuata senza intervallo di tempo e senza interrompimento di sorta, così, in virtù di una finzione, la rappresentanza del defunto per mezzo della persona dell' erede comincia immediatamente non sì tosto che ei cessa di esistere colla capacità giuridica, cioè dall' istante della sua morte ancor quando il chiamato non abbia adita ed acquistata la eredità che assai più tardi. Perciò con un' altra finzione è nel dritto romano provveduto che i dritti di patrimonio appartenenti alla eredità, come *universitas*, possano continuare ad esistere; quindi dalla morte di chi lasciò la eredità sino all' acquisto di essa l' *hereditas iacens* rappresenta la persona del defunto (1).

Se più eredi abbiano acquistata l' eredità, ognuno di essi è *successor per universitatem* in quanto che rappresenta il defunto pienamente nel modo su indicato, ma, come è naturale, solo *pro rata hereditaria*, in proporzione del valore della quota ereditaria a lui deferita e quindi da lui stesso acquistata.

Tutto ciò va detto, strettamente parlando, del solo *heres*. Quanto al *bonorum possessor*, egli, almeno nel dritto romano nuovissimo, posto che la sua *bonorum possessio* sia *cum re*, vien pure considerato al tutto come un *heres* (2).

Questa rappresentazione, con la quale, sotto il rispetto giuridico patrimoniale, il defunto e l' erede divengono giuridicamente una sola e medesima persona, spiega nel modo più semplice tutte le singole e non poche conseguenze giuridiche dell'acquisto di una eredità. Queste conseguenze riguardano la relazione in che viene l' erede, sia co' creditori e i debitori del defunto, sia co' suoi coeredi, con i legatari, sia con altre terze persone. Non poche obbligazioni dell' erede, che visibilmente scaturiscono per tal guisa dallo acquisto della eredità, i romani, nel loro sistema, fanno ancora specialmente derivare *quasi ex contractu*. Del resto, alcune di queste conseguenze, più che

(1) V. sopra il §. 211.
(2) V. sopra il §. 195.

rigorose in origine, rimasero col procedere del tempo notevolmente mitigate.

Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur. Florentin., fr. 54, D., XXIX, 2, *de adquir. vel omitt. heredit.*

Nondum adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti. §. 2, Inst., II, 14, *de heredibus instituendis.*

Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium, succedit, quum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant. Pompon., fr. 37, D., XXIX, 2, *de adquir. vel omitt. hered.*

§. 215.

Obbligo dell' erede pe' debiti dell' eredità.

Dig. lib. XXVIII, tit. 8, de iure deliberandi. Cod. lib. VI, tit. 30, de iure deliberandi.

Col tutto insieme de' *bona* si trasmettono, *pro rata*, agli eredi di unita a' dritti conseguibili successoriamente, eziandio le obbligazioni e i debiti che erano del defunto, purchè sieno di quelli che si possono trasmettere. Così se costui era creditore, ancor egli l' erede divien tale; se debitore, il debito suo divien debito dell' erede. Questi resta pagatore de' debiti del defunto nè più nè meno che pe' suoi proprî; e quindi ne risponde a rigore, per modo assoluto e rimettendo di suo, cioè dire, senza ch' ei possa circoscrivere tale obbligo sino al valore dell' asse ereditario. Pur nondimeno parecchie mitigazioni furon recate a sì fatto principio pe'singoli casi.

Tale è primamente una disposizione singolare a pro del servo del testatore, istituito erede da lui. Poichè, siccome in qualità di *necessarius heres* egli acquista l' eredità *ipso iure*, nè può non acquistarla con l' astenersene come il *suus heres* (1), gli si permette, per ragioni di equità, di ritenere per sè, mediante una *separatio*, il suo proprio patrimonio per avventura acquistato in altro modo dopo la morte del testatore, sicchè non è astretto di darlo per satisfare i debiti ereditarî.

I *milites* ebbero ancor essi di buon' ora lo speciale privilegio di non essere obbligati a pagar del loro quando avessero incautamente accettata una eredità carica di debiti.

Vi sono, pertanto, certe regole e guarentigie, delle quali ogni erede chiamato può valersi se vuol procedere cauto e riguardoso. Fra queste ultime è da noverare un accordo che, pria dell' adizione, l' erede può conchiudere con i creditori della eredità, e per tal modo costoro o gli promettono anticipatamente un qualche rilascio del loro credito, ovvero lo assicurano in generale che la *hereditas* non ab-

---

(1) V. sopra il §. 213.

bia a portargli alcun danno, non sarà *damnosa* per lui. Oltre a ciò gli eredi, pria che si risolvano a dichiarare di voler adire o rinunciare la eredità, hanno facoltà, e si può anche costringerli, di chiedere dal giudice o immediatamente dall' imperatore un termine, *spatium deliberandi*, ad effetto di esaminare il dubbio valore dell'eredità e preservarsi da ogni passo sconsiderato (1). Questa dimanda di un termine per deliberare non può in tal caso valere come un *pro herede gerere*. Ma da Giustiniano in poi l' erede deliberante deve nello stesso tempo con un inventario rendere i creditori della eredità sicuri da ogni sottrazione ed involamento di cose ereditarie. In generale dalla età di Giustiniano tutto il primitivo ordine di cose fu notevolmente cangiato col così detto *beneficium inventarii* da lui già con grande predilezione introdotto e in parte direttamente a discapito del *beneficium deliberandi*; così ad ogni erede chiamato fu conceduto un mezzo di sicurtà facile e nuovo del tutto contro i danni temibili da una eredità carica di debiti. Poichè, colui che secondo il precetto di legge forma un elenco scritto, *inventarium*, di tutte le cose pertinenti alla eredità, è ad ogni modo sicuro di non patire alcun danno pecuniario, di che mai possa l' accettazione della eredità minacciarlo, e in ispecialità non corre più rischio di contribuire del suo per estinguere tutt' i debiti ereditari.

Hereditas quin obliget nos aeri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est. Ulpian., fr, 8, D, XXIX, 2, *de adq. vel omitt. hered.*

Pro hoc autem incommodo illud ei (heredi necessario) commodum praestatur, ut ea, quae post mortem patroni sui sibi adquisierit, ipsi reserventur. Pr., Inst., II, 19, *de hered. qualit. et differentia.*

Si praefatam observationem inventarii faciendi solidaverint, hereditatem sine periculo habeant et legis Falcidiae adversus legatarios utantur beneficio; ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant, et eis satisfaciant, qui primi veniant creditores. Et si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur, et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant, ne, dum lucrum facere sperant, in damnum incidant...

Milites, etsi propter simplicitatem praesentis legis subtilitatem non observaverint, in tantum tamen teneantur, quantum in hereditate invenerint. Iustinianus, c. 22, §. 4 et 15, C., VI, 30, *de iure deliberandi.*

§. 216.

La confusio e la separatio bonorum.

Dig. lib. XLII, tit. 6, de separationibus. Cod. lib. VI, tit. 72, de bonis auctoritate iudicis possidendis et de separatione bonorum.

Per effetto della così detta *confusio*, ed in seguito dell' acquisto dell' eredità, i due patrimonii del defunto e dell' erede, che già erano divisi, si confondono insieme in un solo, che diviene esclu-

(1) V. sopra il §. 212.

siva proprietà dell' erede. Il perchè tutt' i rapporti giuridici che prima esistevano fra il defunto ed il suo erede, come persone già distinte, in quanto che supponevano essenzialmente due diversi patrimoni e due possessori di essi, specialmente obbligazioni e *iura in re aliena*, onninamente si risolvono di necessità da per sè stessi tanto in pro, quanto a danno dell'erede. Nondimeno vi sono alcune mitigazioni per questo rigoroso principio. L' una, e veramente in pro dell' erede, sta nel sopraddetto *beneficium inventarii*. Poichè l' erede che abbia inventariato nel modo prescritto dalla legge, può e deve, secondo il precetto di Giustiniano, far valere i propri suoi crediti contro il defunto ancorchè sieno propriamente estinti per virtù della *confusio*, e fare anticipata deduzione del loro valsente. La ragion si è, che egli altrimenti avrebbe un danno effettivo dall' adizione dell' eredità, laddove il *beneficium inventarii* deve dargli una indefettibile garentia.

Un' altra mitigazione, già più antica, ha precipuamente per iscopo un vantaggio pe' creditori della eredità. I creditori del defunto, come già creditori anche dell' erede, si rivolgono per sè stessi e di regola co' loro crediti contro i riuniti patrimoni, nè più nè meno come se fossero stati in origine creditori proprî del detto erede. Pertanto egli è dato a questi creditori ereditari, quando temono per tal confusione un pericolo e rinunziano ad ogni pretensione su i beni proprî dell' erede, di ottenere giudiziariamente una *separatio bonorum*, purchè la chieggano nello spazio di cinque anni. In tal caso, a preferenza di tutti gli originarî creditori dello stesso erede, essi possono chiedere la sodisfazione de' loro crediti co' beni della eredità rimasti separati a questo scopo. Ma, di certo, così facendo, essi rinunciano ad ogni dritto di essere satisfatti col proprio patrimonio dell' erede pel caso che i beni del defunto non riescano bastevoli per estinguere i loro crediti.

Nam si debitor heres creditori exstiterit, confusio hereditatis perimit petitionis actionem. Modestinus, fr. 75, D. XLVI, 3, *de solut.*

Solet separatio permitti creditoribus ex his causis. Ut puta, debitorem quis Seium habuit; hic decessit; heres ei exstitit Titius; hic non est solvendo. Creditores Seii dicunt, bona Ceii sufficere sibi, coeditores Titii contentos esse debere bonis Titiis; et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem. Fieri enim potest, ut Seius quidem solvendo fuerit potueritque satis creditoribus suis, vel ita semel, et si non in assem, in aliquid tamen satisfacere, admissis autem commixtisque creditoribus Titii, minus sint consecuturi, quia ille non est solvendo, aut minus consequantur, quia plures sunt. Hic est igitur aequissimum, creditores Seii desiderantes separationem, audiri impetrareque a praetore, ut separatim quantum cuiusque creditoribus praestetur. Ulpianus, fr. 1, §. 1, D., XLII, 6, *De separationibus.*

§. 217.

Condizione dell' erede verso i terzi detentori delle cose ereditarie.

Dig., lib. V, tit. 3, de hereditatis petitione — Cod. lib. III, tit. 31, de petitione hereditatis—Dig., lib. XLIII, tit. 2, quorum bonorum —Cod. lib. VIII, tit. 2, quorum bonorum.

L' erede può naturalmente, nella sua qualità di rappresentante del defunto, far valere al tutto come suoi proprî i singoli dritti patrimoniali da lui lasciati, così la proprietà ed altri *iura in re*, come ancora le obbligazioni, sperimentando le ordinarie azioni che van congiunte con esse. Con ciò pertanto non è da confondere una speciale azione che dallo stesso dritto successorio gli compete a tutela ed attuazione di esso contro chiunque voglia contendergli la *hereditas*, come tale. Questa *in rem actio de universitate* dicesi *hereditatis petitio* ed è una specie di *vindicatio*, non delle singole cose appartenenti all'eredità, ma della stessa eredità. Per un *senatusconsultum* sotto Adriano, *senatusconsultum Juventianum*, essa ha conseguito alcune propriissime determinazioni ed ampliamenti, ed è la sola *in rem actio* che a cagion de'molti punti obbligatorî che accanto ad essa hanno luogo e per quanto si può la fanno simile ad una *personalis actio*, ha l' indole di una *bonae fidei actio*. Questo suo carattere già di buon' ora controvertito fu da Giustiniano decisamente riconosciuto.

Adunque la *hereditatis petitio* compete all' erede, come tale, o sia *heres* o che *bonorum possessor*, sia unico erede, o solo in parte, *si pars hereditatis petatur*. Essa è diretta contro i terzi possessori delle cose ereditarie, ma solo in quanto impugnino il dritto di succedere che vanta l' attore, e perciò solo con una duplice limitazione, l' una che cotesti possessori non sieno coeredi da lui riconosciuti, l'altra che posseggano tali cose o *pro herede*, pretendendo, cioè, di essere eredi, o *pro possessore*, cioè senza che vi possano allegare per sè un titolo giuridico. Al modo stesso che il fondamento dell' azione è il dritto a succedere, obbietto di essa è l' eredità, come *universitas*, ed ogni possesso del convenuto con cui vien leso tal dritto. Scopo della stessa azione è il restituire tutto ciò che appartiene alla eredità e che si possiede senza ragione dal convenuto, sia che si tratti di tutto l' asse, sia che di cose singole ad esso appartenenti, od il loro valore. Secondo il senatoconsulto Iuvenziano menzionato più sopra il convenuto deve specialmente verso l' attore rispondere delle cose ereditarie come il *negotiorum gestor* verso il *dominus negotiorum*.

Semplicemente *possessorio* e sol competente al *bonorum possessor* è il mezzo giuridico pretorio detto *interdictum quorum bonorum*. L' erede civile può sperimentarlo sol quando egli chiegga ed ottenga eziandio una *bonorum possessio*. Nel rimanente, secondo le stesse di-

sposizioni, esso vien avvisato come la *hereditatis petitio* per quanto può questa trovare applicazione anche ad un mezzo giuridico semplicemente *possessorio*.

La *hereditatis petitio* e l' *interdictum quorum bonorum* astrazion fatta dal modo di delazione, compete all' erede, succeda ab intestato o per testamento. Per contrario, con un editto dell'imperatore Adriano fu introdotto un peculiare mezzo giuridico solo per l' erede testamentario. Quando, cioè, questi, infra l' anno dall' apertura di un testamento scritto e almeno esternamente non difettoso, abbia adito l' eredità e soddisfatto allo Stato il legale tributo di successione, la *vicesima hereditaria*, può, per venire in possesso con la maggiore prestezza, lasciarsi dare una *missio in possessionem* di que' beni che il testatore avesse posseduti al tempo della sua morte. Con che egli si procaccia svariati vantaggi in un futuro giudizio sull' eredità. Giustiniano abolì veramente cotesta imposta di successione, la cui soddisfazione dovette essere in origine sollecitata a quel modo, ma nel tempo stesso volle dare all' erede testamentario gli utili provvenienti dall' editto di Adriano, il così detto oggidì *remedium ex lege ultima Codicis de edicto Divi Hadriani tollendo*.

Per hereditatis petitionem tantumdem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest. Gai., fr. 2, D., V, 5, *de posses. hered. pet.*

Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede, vel pro possessore possidet, vel rem hereditariam. Ulpian., fr. 9, D., eod.

Adipiscendae possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur *quorum bonorum*. Eiusque vis et potestas haec est, ut quod ex his bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro herede autem possidere videtur, qui putat, se heredem esse. Pro possessore is possidet, qui nullo iure rem hereditariam, vel etiam totam hereditatem sciens, ad se non pertinere, possidet. §. 3, Inst., IV, 15, *de interdictis*.

§. 218.

Condizione de' coeredi fra loro.

Dig. lib. X, tit. 2, familiae erciscundae — Cod., lib. III, tit. 36. familiae erciscundae — Dig., lib. XXXVII, tit. 6, de collatione, tit. 7, de dotis collatione — Cod., lib. VI, tit. 20, de collat.

L' acquisto di una eredità fatto da più eredi produce fra loro provvisoriamente e immediatamente una comunione con vari obblighi reciproci, che nel sistema delle obbligazioni appo i romani sono noverati fra que' che derivano *quasi ex contractu* (1). Questa *communio* cessa mercè la divisione, ad ottenere la quale (cioè per dividere

(1) V. sopra il §. 144.

realmente l' eredità dando a ciascuno quel che intellettnalmente gli spetta) i coeredi hanno reciprocamente una propria azione di divisione, *divisorium iudicium*, sotto il nome di *familiae erciscundae iudicium*. Soltanto quel che trovasi diviso per volontà del testatore validamente dichiarata, o immediatamente per disposizione di legge, rimane escluso dalla divisione ; così, per esempio, ne sono esclusi per disposizione di legge i *nomina hereditaria*, i crediti e i debiti della eredità, come quelli che son divisi *ipso iure* tra i coeredi, *pro rata hereditaria*.

Impertanto secondo certe circostanze alcnni eredi sono obbligati, prima della divisione della eredità, di conferire in essa alcuni beni determinati cui già pria dell' acquisto dell' eredità stessa abbiano per sè acquistati, e che in conseguenza non formano propriamente obbietto della massa comune ereditaria, affinchè questi beni potessero proporzionatamente ripartirsi insieme con gli altri coeredi. Lo scopo di questa *collatio bonorum* è sempre di ristabilire una tal qnale giusta egualità tra gli eredi, nessun de' quali dev' essere favorito a discapito degli altri.

In origine l' obbligo della collazione colpiva solo i figliuoli emancipati, che il pretore equiparava a' *sui*, giacchè egli, contro il rigore dell' antico dritto civile, li chiamava insieme a' *suis* alla snccessione del comune loro *parens* per mezzo di una *bonorum possessio contra tabulas*, o *ab intestato* (1). Adunque ciò facea solo col presupposto e con la condizione che cotesti *emancipati* fossero pronti a conferire nella eredità del *parens* ed a favore de' loro fratelli e sorelle rimaste ancora sotto la *potestas* tntti que' beni che dopo la loro emancipazione acquistarono per sè stessi, e che, se non fossero stati emancipati, non avrebbero acquistati per loro, ma per il padre. Altrimenti gli *emancipati* non solo sarebbero stati equiparati a' *suis*, ma favoriti più di qnesti, il che non era conforme alla tendenza del pretore. Questo primitivo dovere di collazione pe' figli emancipati dovette naturalmente, nel corso de'tempi, dopo la introduzione de'pecnlî castrensi e degli avventizî, pe'quali anche il *filiusfamilias* divenne capace di avere per sè un proprio patrimonio, dovette, diciamo, quand'anche non al tutto sparire, perdere tuttavia non poco della sua importanza. Imperocchè non altro restò come obbietto di collazione se non qnel che l' emancipato avesse mediata o immediatamente acquistato dal padre. E successivamente ancora un altro nnovo obbligo di collazione si accolse parte per opera del dritto pretorio, parte e specialmente per mezzo di costitnzioni imperiali, segnatamente dal tempo degli imperatori Antonino e Leone. Esso risguarda, senza rispetto alla potestà patria, il caso in cui de' discendenti vogliano succedere al loro comune ascendente, ed ha in generale, sebbene ancor miri ad una eguaglianza de' discendenti coeredi, un fondamento del tntto diverso da quello su cui si fonda quel più antico e pretorio obbligo di

(1) V. sopra il §. 208.

collazione per gli emancipati. Dapprima, sendochè la *dos*, ricevuta al tempo del matrimonio dall' ascendente, cui si ha da succedere, era quel che la figlia o nipote come *sua* dovea conferire a'coeredi suoi fratelli e sorelle, tutto l' istituto giuridico si addomandò antonomatiscamente *dotis collatio*. Nondimeno quest' obbligo di conferire fu ancora successivamente più esteso, parte eziandio per la *dos* che una *emancipata* avesse avuta dal suo ascendente, parte per certi altri beni che il figlio avesse già ricevuti dal comune genitore, con atto tra vivi, in preferenza degli altri. In tal caso si considera che l'ascendente, padre o madre che sia, abbia in vita fatto simili largizioni ad uno degli ascendenti soltanto sotto la tacita condizione che dipoi, nella divisione della sua eredità, dovesse il suo valore egualmente dividersi come la stessa eredità tra tutti i coeredi discendenti. Di qui abbastanza si scorge che l' ascendente può come vuole in tutto od in parte dispensare ogni singolo suo discendente dall'obbligo della collazione.

La collazione, nel singolo caso, si fa o con l'effettivo conferimento della cosa prima della divisione, o provvedendo che, in questo rispetto, i coeredi si diano anticipatamente cauzione.

Haec actio (familiae erciscundae) proficiscitur ex lege XII Tabularum. Namque coheredibus, volentibus a comunione discedere, necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur. Gaius, fr. 1, pr., D., X, 2, *Familiae erciscundae*.

Ea, quae in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, quum ipso iure in portiones hereditarias ex lege XII Tabularum divisa sunt. Gordianus, c. 6, C., III, 36, *Familiae erciscundae*.

Hic titulus (de collatione bonorum) manifestam habet aequitatem. Quum enim praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat, participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum, consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna. Ulpian., fr. 1, pr., D., XXXVII, 6, *de collat. bonor.*

§. 219.

Del caso in cui il chiamato non acquisti la successione a lui deferita.

Dig., lib. XXIX, tit. 2, de adquirenda vel omittenda hereditate — Cod., lib. VI, tit. 10. Quando non petentium partes petentibus adcrescant — tit. 51, de caducis tollendis.

Egli è facile a intervenire che il chiamato non acquisti la successione che si apre per lui, sia perchè non può acquistarla, sia perchè non la vuole ricevere. Se il motivo per cui non fa tale acquisto sia propriamente riposto nella morte del chiamato avvenuta pria dello stesso acquisto, l'erede di lui non ha, di regola generale, alcun dritto di adire per sè, in tal qualità, l' eredità già deferita al suo autore; nè la cosa va d' altra guisa quando il chiamato sia morto senza che l' abbia real-

mente rinunciata. Imperocchè, conforme ad un concetto di dritto romano già con molto rigor logico perseguito nelle sue conseguenze, l' eredità non può essere acqnistata se non da colui, al quale fu deferita per la sua propria persona. Il perchè il dritto di una persona di adire un' eredità a lei deferita vuolsi avvisare come altissimamente personale, e non trasmissibile. Pur tuttavia ciò soffre alcune singolari eccezioni, che oggidì si addimandano *casi di trasmissione*. Gli esempl occorrono nella *transmissio ex capite infantiae, transmissio theodosiana, iustinianea*.

Per contrario, ei vien per altre moltiplici maniere provveduto perchè, in luogo dell' erede che manca, un altro abbia la facoltà od il permesso, anzi sovente il dovere di accogliere la successione.

In fatti, anzi tutto dal concetto che i romani si formano dell' erede raffigurandolo come un *successor per universitatem*, risulta necessariamente che se manchi per avventura uno degli eredi chiamati, senza di aver acquistata la sua porzione ereditaria, questa che già diviene vacante, accresca da sè, *adcrescit*, le porzioni ereditarie degli altri coeredi senza il loro fatto, ed eziandio quando non vogliano. Questo così detto dritto di accrescere, *ius adcrescendi coheredum*, (poichè la sua causa la quale si fonda nell' essenza della *successio per universitatem*, si fa valere egualmente da per tutto ove si tratti di una vera successione ereditaria, ha luogo a un modo stesso così nella successione pretoria come in quella di dritto civile ; così nella testamentaria come nell' intestata. Nella successione testamentaria esso è pure una conseguenza necessaria del principio, che nessuno può in uu medesimo tempo trasmettere la sua eredità parte con un testamento, parte *ab intestato*. Nè importa punto, perchè abbia luogo il dritto di accrescere, il vedere se il testatore volle a bella posta e in un certo modo determinato *congiungere* nella istituzione più eredi in fra di loro con lo scopo di renderlo possibile ; chè tal dritto di accrescere non si fonda direttamente e soltanto sulla presunta intenzione del testatore, ma sovra un' assoluta necessità di dritto. Però nell' attuazione del dritto di accrescere, quell' erede testamentario che nella stessa istituzione fu dal testatore in certo modo unito con l' erede mancato, ha, come *coniunctus*, un dritto di preferenza innanzi agli altri coeredi non al modo stesso congiunti. La ragione si è che il testatore può a suo talento determinare variamente la grandezza delle quote ereditarie, e per mezzo di una tale *coniunctio* dà a riconoscere di aver propriamente voluto che la porzione divenuta vacante debba accrescere innanzi tutto semplicemente le porzioni ereditarie di certi coeredi.

All' incontro il testatore non può direttamente vietare che il dritto di accrescere abbia luogo. Nullameno può indirettamente impedirlo, ordinando una sostituzione volgare, e introducendo in tal modo una nuova delazione testamentaria della eredità ei provvede che il dritto di accrescere non trovi la sua applicazione.

Se nella successione testamentaria avuta in mira dal testatore, nessuno degli eredi istituiti acquista l' eredità, poichè vien meno la

delazione testamentaria, si viene alla delazione *ab intestato* e veramente, secondo il dritto nuovissimo, con piena *successio ordinum et graduum* (1). E se neppure l' erede chiamato *ab intestato* acquista l'eredità, si ha il caso de'*bona vacantia*. (Di ciò terremo discorso nel §. 232).

Hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur.

Si quidem coheredes sunt omnes coniunctim, vel omnes disiunctim, vel instituti, vel substituti, hoc, quod fuerit quoquo modo vacuatum, si in parte hereditatis vel partibus consistat, aliis coheredibus cum suo gravamine pro hereditaria parte, etiamsi iam defuncti sunt, adquiratur, et hoc nolentibus ipso iure adcrescat, si suas portiones iam agnoverint; quum sit absurdum, eiusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere... Sin vero quidam ex heredibus institutis vel substitutis permixti sunt, et alii coniunctim, alii disiunctim nuncupati, tunc, si quidem ex coniunctis aliquis deficiat, hoc omnimodo ad solos coniunctos cum suo veniat onere, id est, pro parte hereditaria, quae ad eos pervenit. Sin autem ex his, qui disiunctim scripti sunt, aliquid evanescat, hoc non ad solos disiunctos, sed ad omnes tam coniunctos, quam etiam disiunctos similiter cum suo onere pro portione hereditatis perveniat. Hoc ita tam varie, quia coniuncti quidem propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt, et partem coniunctorum sibi heredum quasi suam praeoccupant, disiuncti vero ab ipso testatoris sermone apertissime sunt discreti, ut suum quidem habeant, alienum autem non soli appetant, sed cum omnibus coheredibus suis accipiant.

Quum autem in superiore parte legis non aditam hereditatem minime, nisi quibusdam personis ad heredes defuncti transmitti disposuimus, necesse est, si quis solidam hereditatem non adierit, hanc, si quidem habeat substitutum, ad eum, si voluerit et potuerit, pervenire. Quod si hoc non sit, vel ab intestato successores eam suscipiant, vel si nulli sint, vel accipere nolint, vel aliquo modo non capiant, tunc ad nostrum aerarium devolvatur. IUSTINIAN., c. un., §. 5, 10 et 13, C. VI, 51, *de caducis tollendis*.

SEZIONE SECONDA.

TEORIA DE' LEGATI E DE' FEDECOMMESSI.

§. 220.

Prenozioni generali.

E' fu sempre lecito al testatore di fare nel suo testamento, dopo la istituzione dell' erede diretto, eziandio làsciti ed altre disposizioni in forma di legati. Certo, l' erede, cui davasi l' obbligo di eseguire consimili disposizioni, vedea sempre la sua porzione ereditaria più o meno sminuita; il perchè tutte queste disposizioni sono, a cagione del loro risultamento, dinotate come *delibationes hereditatis*.

Quest' esse non istabilivano giammai, per colui a pro del quale erano fatte, veri dritti di erede e *successiones per universitatem* che a tali dritti corrispondono, ma sempre non altro che successioni singolari nelle singole cose legate, successioni queste che hanno luogo di presso alla successione propriamente detta. Perciò elleno presuppo-

(1) V. sopra il §. 206.

neano sempre, come condizione essenziale della loro validità, l'esistenza di un vero erede, la cui porzione ereditaria dovea per tal modo essere minorata. Imperocchè innanzi tutto qui doveasi provvedere che un *successor per universitatem*, continuatore della persona giuridica patrimoniale del defunto, sopravvivesse a lui (1). Che in origine si potesse far de' legati solo nel caso di una successione *testamentaria* ciò aveva la sua semplice ragione in questo, che una individuale disposizione su tutta la futura eredità o sovra parti di essa, *mortis causa*, non fu per gran tempo permessa in generale che soltanto nella forma dei *testamenti*. Nulladimeno era vicino anzi che no il successivo distendimento che questa facoltà di poter far lasciti s'ebbe per chi volesse trasmettere *ab intestato* la sua successione per mezzo di codicilli.

In queste disposizioni a titolo singolare noi non troviamo, a dir vero, due diverse istituzioni formantisi l'una a canto dell'altra, l'una di dritto civile e l'altra di dritto pretorio, come le vedemmo nelle successioni universali, l'*hereditas* e la *bonorum possessio*; perchè nel fatto tutte quante le disposizioni singolari sono di dritto civile. Ma d'altra parte ancor quivi, per simile guisa, occorre vedere ne' *legati* e ne' *fedecommessi* due teorie, l'una dell'antico e rigoroso, l'altro del nuovo e più equo dritto civile. Giustiniano per primo in un modo al tutto proprio confuse tra loro qneste due specie di lasciti (2).

Ancor quivi, cioè pe' legati e pe' fedecommessi, uopo è distinguere, come nella successione ereditaria, la delazione e l'acquisto. Però la delazione di essi non si fonda, come quella della eredità, su di una duplice causa possibile, ma sempre su di una sola disposizione individuale e di ultima volontà del testatore, perciocchè non ci sono legati e fedecommessi disposti per legge. L'acquisto di quest'essi differisce eziandio, sotto più rispetti, da quello della eredità.

Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit. FLORENTINUS, in fr. 116, pr. D. XXX, *de legat.*

§. 221.

I legati in particolare.

GAI., *Comm., lib. II*, §. 191, *seq. Inst. lib.* 11, *tit.* 20, *de legatis. Dig., lib. XXX, XXXI, XXXII, de legatis et fideicommissis. Cod., lib. VI, tit.* 43, *communia de legatis et fideicommissis.*

In un senso primitivo e più largo la parola *legare* sembra avesse significato l'*intero testare*, e nel fatto il legato ha senza dubbio avuto in origine la natura di una clausola di emancipazione messa nel testamento a carico dell'erede istituito (3). Ma quando il legato ebbe preso una forma più indipendente, in contrapposto della istituzione di erede, della *heredis institutio*, si accolse, come termine tecnico a designarlo, la voce *legare*, *legatum*, in senso non lato.

(1) V. sopra il §. 193.
(2) V. più sotto il §. 225.
(3) V. sopra il §. 198.

E nel vero, il testatore poteva, dopo che avea nominato il suo erede diretto lasciare, *titulo singulari legare*, alcuna cosa della sua successione ad una persona, che fosse capace di essere istituita erede, in vece di realmente instituirla. Il che faceva o con ordinare all' erede istituito di dare certe cose a cotesta persona, al *legatarius*, o con permetterle che se le prendesse, ovvero ingiugnendo immediatamente al legatario medesimo di prendersi egli stesso alcuni oggetti della successione come cose di sua proprietà.

Con la *heredis institutio* l' ordinamento di tal legato aveva una simiglianza, e questa era, che esso potea farsi soltanto in un testamento valido, solo con parole dirette, imperative, formali, latine, *verba civilia*, e indirizzate all' erede od al legatario. Dalla specie della formola adoperata dal testatore dipendeva immediatamente il dritto che il legatario conseguiva all'acquisto del legato. Ora aveva issofatto un dritto di proprietà su la cosa legata, in virtù del quale poteva egli immediatamente tòrla dalla eredità e rivendicarla da ogni terzo detentore ; ora non altro che un' *obligatio*, un'*actio* contra l' erede instituito a fin che gliela desse. Di qui la divisione de'legati secondo le loro forme fondamentali, in *legata per vindicationem* e *legata per damnationem ;* a questi due legati si annodano come una terza forma intermedia i *legata sinendi modo*, e per un caso speciale, come una specie sottordinata de'*legata per vindicationem*, i *legata per praeceptionem*. Del resto, poichè la esatta applicazione di formole con tanto rigore prescritte pe' legati spesso riesciva difficile nella pratica e traeva dietro di sè la nullità del legato, il *senatusconsultum Neronianum* statuì che, quando un legato disposto nella forma più difficile, non potesse come tale sussistere a cagion di un vizio, dovesse rimaner valido, per quanto era possibile, risguardandosi come fatto nella forma più facile, *perinde ac si optimo iure legatum esset*, cioè come *per damnationem legatum*. Finalmente, giusta la *regula Catoniana*, un legato che sarebbe stato invalido se il testatore fosse trapassato subito dopo di averlo disposto, non può di poi divenir valido per la circostanza che egli sia morto più tardi (1).

Verbis legis XII tabularum his : *uti legassit suae rei, ita ius esto*, latissima potestas tributa videtur, et heredis instituendi, et legata, et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. Pompon., fr. 120, D., L, 16, *de verb. signif.*

Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit. Florentinus, fr. 116, pr., D., XXX, *de legat.*

Legatum est donatio quaedam a defuncto relicta, ab herede praestanda. §. 1, Inst., II, 20, *de legatis*.

---

(1) Un legato, che fosse invalido per legge, rimanea sempre tale ancor quando la causa della sua invalidità cessasse di poi. La sua efficacia non dipendeva da ciò ch' esso si trovasse valido al tempo della morte del testatore, ma sì bene quando costui l' avesse ordinato. La *regula Catoniana* non era che un' applicazione del principio generale : *quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit.* L. 29, D. de R. I. Pe' fedecommessi valse lo stesso principio posciachè dall' età di Teodosio II i codicilli cessarono di andare esenti da forme. — *Il Trad.*

Legatum est, quod legis modo, id est, imperative testamento relinquitur. Nam ea, quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur.

Legamus autem quatuor modis, per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem. Per vindicationem his verbis legamus: *do, lego, capito, sumito, sibi habeto*. Per damnationem his verbis: *heres meus damnas esto, dare, dato, facito, heredem meum dare iubeo*. Sinendi modo ita: *heres meus damnas esto sinere, Lucium Titium sumere illam rem sibique habere*. Per praeceptionem sio: *Lucius Titius illam rem praecipito*. Per vindicationem legari possunt res, quae utroque tempore ex iure Quiritium testatoris fuerunt, mortis et quando testamentum faciebat, praeterquam si pondere, mensura, numero contineantur; in his enim satis est, si vel mortis duntaxat tempore fuerint ex iure Quiritium. Per damnationem omnes res legari possunt, etiam quae non sunt testatoris, dummodo tales sint, quae dari possint... Sinendi modo legari possunt res propriae testatoris et heredis eius. Per praeceptionem legari possunt res, quae etiam per vindicationem...

Senatusconsulto Neroniano... cautum est, ut quod minus ratis verbis legatum est, perinde sit, ac si optimo iure legatum esset. Optimum autem ius legati per damnationem est. . . Ulpian., Fragm. tit. XXIV, §. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 9, 10, 11.

Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est. §. 24, Inst., II, 20, *de legat.*

Ante heredis institutionem legari non potest, quoniam et potestas testamenti ab heredis institutione incipit...

A legatario legari non potest. Ulpianus, Fragm., tit. XXIV, §. 15, 20.

Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere. Celsus, in fr. I, D., XXXIV, 7, *de regula Caton.*

§. 222.

Fedecommessi e codicilli.

Gai. *Comm., lib. II, §. 246, seg. Inst., lib. II, tit. 24, De singulis rebus per fideicommissum relictis, — tit. 25. De codicillis. Dig., lib. XXIX, tit. 7, de iure codicillorum., Dig. lib. XXX, XXXI, et XXXII; De legatis et fideicommissis. Cod. lib. VI, tit. 36, De codicillis; — tit. 43, Communia de legatis et fideicommissis.*

È da credere che i testatori abbiano dovuto cominciare di buon ora, quando non aveano fatto alcun testamento, o fattolo, si erano dimentichi di porvi alcuna disposizione, dal pregare i loro eredi testamentari od ab intestato, fiduciando nella loro *fides*, che eseguissero certi incarichi a beneficio di un terzo, specialmente di dovergli consegnare, rendere certe cose. In tal caso ciò dicevasi *fidei heredis committere*, *fideicommissum* in contrapposto del *directo iure relinquere*; e questo faceasi spesso con semplici epistole non aventi forma particolare, *codicilli*, e le s'indirizzavano dal testatore al suo erede futuro. Solo dapprima simiglianti preghiere codicillari non aveano legalmente virtù obbligatoria per l'erede, ma il loro adempimento era soltanto rimesso alla sua coscienza, alla sua *fides*. Solo da Augusto in poi la conseguirono per mezzo di una *extraordinaria cognitio* introdotta a questo scopo. *Praetor fidei-*

commissarius, sicchè non prima d' allora i fedecommessi costituirono un istituto giuridico, divennero lasciti efficaci siccome i legati.

Da questa storia della loro origine vien chiaro il perchè niuna forma solenne era dapprima adoperata ne' fedecommessi, e 'l perchè la loro diversa teoria si scostò dal rigore di quella de' legati. E per fermo, erano fatti in forma di preghiera, *verbis precativis*. Inoltre il loro adempimento poteva imporsi anche all' erede ab intestato, non meno che ad ogni semplice legatario, in un idioma qnal che si fosse, e con parole che meglio piacessero, eziandio con semplici cenni. All' incontro non producevano mai gli effetti sì rigorosi di un legato. Segnatamente non davano mai al fedecommessario una *vindicatio*, nè meno una vera *actio;* ma non altro che una *persecutio* per ottenere la cosa che gli si fosse per tal modo lasciata.

Solamente da Costantino in poi fu statuita una forma particolare anche pe' codicilli. Dapprima questa forma fu quella stessa che ci era pel testamento; ma dappoi, sotto Teodosio II, un' altra diversa e più facile si ordinò. Quindi si potè farli innanzi a cinque testimoni, a voce od in iscritto; e l' inosservanza delle solennità non era in ogni punto giudicata con tanto rigore, come pe' testamenti. Ei non era mestieri, quanto al loro contenuto, di una diretta istituzione di erede perchè potessero esser validi. Piuttosto la *heredis institutio* non si potè mai fare validamente in un codicillo, ma restò sempre certamente serbata pel testamento propriamente detto. Anche sotto un' altro rapporto dai testamenti differenziano i codicilli in quanto che questi ultimi posson esser molti, di data differenti; nè si distruggono l' un l' altro, ma valgono tutt' insieme.

Un carattere al tutto peculiare prendevano i codicilli che fossero stati mentovati e confermati in un testamento, *codicilli testamento confirmati;* come quelli ch' erano considerati siccome parte integrante, e in certo modo siccome una continuazione del testamento che li confermava. Il perchè non aveano bisogno di alcuna forma speciale, mentre la stessa forma osservata nella fazione del testamento tacitamente si estendeva su di essi. Inoltre erano anche assomigliati al testamento, in quanto che in essi poteasi, di pari che in quello, far dei legati, e nominar de' tutori. Soltanto la istituzione di erede e le formali diseredazioni erano inammessibili in essi, giacchè queste, come parti essenziali del testamento, quivi solo potevano propriamente farsi, e non in una semplice continuazione di esso.

Dal fin qui detto si scorge che in generale un codicillo richiede per la sua validità, sotto vari aspetti, minori solennità che un testamento, e che perciò una disposizione di ultima volontà può spesso esistere come codicillo, benchè manchino più condizioni per un testamento valido. Di qui pur vedesi come sia possibile ed utile aggiungere ad un testamento ciò che si chiama *clausola codicillare* come per cautela quasi sempre suol farsi. Ella mira alla conservazione delle disposizioni di ultima volontà per quanto il necessario rigore del dritto lo permette.

Sciendum est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditatem, vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant. Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea primus divus Augustus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorumdam perfidiam, iussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod, quia iustum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in assiduam iurisdictionem; tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui de fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant. §. 1, Inst., II, 23, *de fideicommissariis hereditatibus*.

Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.

Verba fideicommissorum in usu fere sunt haec : *fideicommitto*, *peto*, *volo*, *dari*, et similia. Etiam nutu relinquere fideicommissum in usu receptum est.

Fideicommissum relinquere possunt, qui testamenta facere possunt, licet non fecerint. Nam intestatus quis moriturus fideicommissum relinquere potest. Res per fideicommissum relinqui possunt, quae etiam per damnationem legari possunt.

Fideicommissum et ante heredis institutionem, et post mortem heredis, et codicillis etiam non confirmatis testamento dari potest, licet legari non possit. Item graece fideicommissum scriptum valet, licet legatum graece scriptum non valeat.

Fideicommissa non per formulam petuntur, ut legata, sed cognitio est Romae quidem consulum, aut praetoris, qui fideicommissarius vocatur, in provinciis vero praesidis provinciarum. Ulpian., Fragm., tit. XXV, §. 1-5, 8, 9 et 12.

Ante Augusti tempora constat ius codicillorum in usu non fuisse. Sed primus Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. Nam quum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid. Et quum divus Augustus voluntatem eius implesset, deinceps reliqui auctoritatem eius secuti, fideicommissa praestabant, et filia Lentuli legata, quae iure non debebat, solvit. Dicitur autem Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, et quaesiisse, an posset hoc recipi, nec absonans a iuris ratione codicillorum usus esset. Et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret, utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter longas et magnas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quae tempora, quum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur.

Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed et intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest.

Codicillis autem hereditas neque dari, neque adimi potest, ne confundatur ius testamentorum et codicillorum, et ideo nec exheredatio scribi...

Codicillos autem etiam plures quis facere potest, et nullam solennitatem ordinationis desiderant. Pr., §. 1-3, Inst., II, 25, *de codicillis*.

In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes vel rogati, vel qui fortuito venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi, sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur ; testibus videlicet, quando in scriptura voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus. Theodos., c. 8. §. 3, C., VI, 36, *de codicillis*.

Codicillos is demum facere potest, qui et testamentum facere potest. Marcianus, fr. 6, §. 3, D., XXIX, 7, *de iure codicillorum*.

Illud quoque pari ratione servandum est, ut testator, qui decrevit facere testamentum, si id implere nequiverit, intestatus videatur esse defunctus, nec transducere liceat ad fideicommissi interpretationem, velut ex codicillis ultimam

voluntatem, *nisi id ille complexus sit, ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere*. Theodos., c. 8, §. 1, C. VI, 36, *de codicillis*.

§. 223.

Fusione de' legati e de' fedecommessi.

Dig., lib. XXX, de legatis et fideicommissis. — Cod., lib. VI, tit. 43. communia de legatis et fideicommissis.

Già da gran tempo per le costituzioni imperiali i legati ed i fedecommessi, al modo stesso che rispetto alla forma esterna del loro ordinamento si erano ravvicinati tra loro, così benanco le forme de'legati già sino allora tanto diverse, eran semplici divenute per effetto di quella loro parziale fusione. In ultimo Giustiniano decretò una compiuta riforma, mediante la quale i legati e i fedecommessi, benchè egli li lasciò sussistere come due diverse possibili esterne forme di lascito, adoperabili a volontà del testatore, purnondimeno gli assimilò pienamente tra loro, nel senso, cioè, che ogni legato dovesse rinchiudere un fedecommesso, e istessamente ogni fedecommesso contenere un legato. Per ciò appunto d'ora innanzi ogni lascito fatto in qualsivoglia delle due forme, siasi cioè fatto con quella del legato o con quella del fedecommesso, riunisce per quanto è possibile tutti i vantaggi e i privilegi di coteste due specie di disposizioni. Deve, cioè, ora applicarsi la teoria de' legati, ora quella de' fedecommessi, secondo che questa o quella sembri la più favorevole per mantenere il lascito disposto, o per lo scopo e vantaggio dell' onorato. Tuttavia a malgrado di ciò, alcune qualità proprie de' legati, che, giusta la loro indole, non comportano di essere comodatamente innestati a' fedecommessi, sono rimaste tali quali erano. Così la manomissione di uno schiavo può farsi e nella forma di un legato od in quella di un fedecommesso; ma in entrambi i casi, anche secondo il dritto romano novissimo, l'effetto che ne risulta non è il medesimo. Perchè lo schiavo manomesso con la forma del legato, per la ragione che diviene libero per virtù della sola disposizione, non ha tra i viventi alcun *manumissor* nè *patronus*; egli è, e dicesi per ciò *libertus orcinus*, mentrechè lo schiavo liberato dalla servitù mediante un fedecommesso ha per natural consegnenza un manomettente e quindi un patrono nella persona di colui che fu incaricato di manometterlo.

Lasciando dall'un de'lati questi particolari, diciamo potersi ormai nell'ultimo stato del dritto romano stabilire principî comuni per le due specie di disposizioni.

Questi principî riguardano dapprima la persona del disponente. Questi deve in ogni caso avere la *testamenti factio* (*activa*). Però egli non ha bisogno di fare a tal fine un testamento, giacchè ancora chi muore *intestatus* può validamente fare legati.

Secondamente riguardano la persona di quello cui deesi fare il

legato o il fedecommesso, del così detto *honoratus*. Egli aver deve in generale la *testamenti factio* (*passiva*). Ma non sì che non vi siano molte singole mitigazioni. Di regola egli è una persona diversa da quella del proprio erede. Nullameno può legarsi alcuna cosa validamente ed efficacemente ad un erede, purchè vi siano altri eredi con lui; pria dei quali e da' quali ei deve avere il lascito che gli si fece, come *praelegatum*. Imperocchè, certo, costui non può da sè stesso avere alcun legato, e perciò anche quella parte del disposto prelegato, che il prelegatario dovrebbe far sua, non conserva la qualità di legato e si riunisce alla sua porzione ereditaria, come tale.

Quegli cui si grava di un legato o fedecommesso, il così detto *oneratus*, può essere non pur l' erede testamentario od intestato, ma ogni legatario o fedecommessario, non che qualsivoglia persona, che abbia ricevuto dal defunto alcuna cosa *mortis causa*. Se niuna persona è indicata come onerata, tutta intera la porzione ereditaria, o tutto l' asse si considera come onerato.

Quanto alla forma estrinseca, il legato od il fedecommesso può farsi in un testamento, non meno che in un codicillo quale che sia, vi si adoperi qualsivoglia lingua, facciasi uso di parole quali che si vogliano. Anzi, ancorchè siasi fatto senza forma veruna, dee valere se volontariamente fu riconosciuto da chi s' ebbe il carico di satisfarlo. Secondo una speciale disposizione di Giustiniano deve ammettersi una tacita ricognizione nel caso in cui l'onerato, sull' istanza di colui che pretende immediatamente il legato e direttamente invoca tal ricognizione si rifiuti di affermare con giuramento che dal testatore non gli fu imposto alcun legato.

Condizioni e termini sono qui ammessi in una maniera più illimitata, che non nelle istituzioni di erede; il che spiegasi naturalmente con ciò, che il legatario o fedecommessario, come semplice *successor singularis*, di presso al quale esiste sempre un erede propriamente detto, non è mica destinato a rappresentare il defunto. Laonde le ragioni su cui riposa il principio: *semel heres, semper heres*, non si applicano alle disposizioni a titolo singolare. Pertanto nessun legato poteasi validamente fare *poenae nomine* (1), *coërcendi heredis causa*, cioè non direttamente solo col fine di limitare in tal guisa nella sua libertà l'erede onerato, e così assoggettarlo ad una pena, ad un pregiudizio. La ragione si era che, secondo l' originario concetto del legato, il proprio scopo e l' intenzione di chi lega deve esser quella di lasciare al legatario un qualche vantaggio. Cotesta limitazione fu tolta interamente da Giustiniano.

Da ultimo, ciò che riguarda la contenenza e l'estensione de'legati e de'fedecommessi, e quel che poteva esserne obbietto, verrà discorso, quanto basta, ne' §§. 224 e 225.

---

(1) *Item poenae nomine iam non dubitatur, nec fidecommissum quidem reliqui posse. Gaio, — 11, 288. Il trad.*

Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor : per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem ; et certa quaedam verba cuique generi legatorum assignata erant, per quae singula genera legatorum significabantur. Sed ex constitutionibus divorum principum solennitas huiusmodi verborum penitur sublata est. Nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes; et non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, ut omnibus legatis una sit natura, et, quibuscunque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam ; cuius constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissime accipere possibile est.

Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Quum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem; necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia, sed, quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura. §. 1, 2 et 3, Inst., II, 20, *de legatis*.

Tam autem corporales res, quam incorporales legari possunt. Et ideo et quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas heres legatario praestet. §. 21, Inst., eod.

Poenae causa legari non potest. Poenae autem causa legatur, quod coercendi heredis causa legatur, ut faciat quid, aut non faciat, non ut legatum pertineat; ut puta hoc modo : si filiam tuam in matrimonio Titio collocaveris, decem millia Seio dato. Ulpian., Fragm., tit. XXIV, §. 17.

Sed huiusmodi scrupulositas nobis non placuit, et generaliter ea, quae relinquuntur, licet poenae nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alios translata, nihil distare a caeteris legatis constituimus. §. 36, Inst., II, 20, *de legatis*.

§. 224.

Deduzione della quarta falcidia.

Gai., *Comm., lib. II.*, §. 224, *seq. Inst., lib. II, tit.* 22, *de lege Falcidia. Dig., lib. XXXV, tit.* 2, *ad legem Falcidiam. — tit.* 3, *si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur — Cod. lib. VI, tit.* 50, *ad legem Falcidiam.*

Gravare l'erede testamentario di legati, il cui valore oltrepassasse quello della eredità, dedotti i debiti in modo ch'ei restasse obbligato di pagarli, non fu mai permesso al testatore: perocchè il legato valea come donazione che egli facesse della eredità stessa. Ma poteva bene esaurire per tal guisa tutta la porzione ereditaria dell'onerato.

Da ciò molto naturalmente risultava che gli eredi testamentari spesso amassero meglio di rinunciare tutta quanta la eredità. A rimuovere questo inconveniente, che causava non di rado la *destitutio* di tutto intero il testamento, parecchie prove legislative si fecero per mezzo della *lex Furia* e della *lex Voconia;* ma non si venne bastevolmente a capo dell'intento. Questo fu asseguito dalla *lex Falcidia* (dell' anno 714 di Roma), la quale statuì dovere all'erede rimaner sempre almeno un quarto della sua porzione ereditaria, *quadrans*, libera

da pesi di legati; altrimenti, lui potere dedurre questo quarto, la *quarta Falcidia.*

Quantunque la *lex Falcidia* non si fosse data fuori che a pro degli eredi testamentari, e per impedire ch'ei fossero troppo gravati di legati, pure le sue disposizioni furono via via molto più estese, parte a tutti gli eredi onerati, non esclusi gl'intestati, parte eziandio ad ogni altro legato obbligatorio per l'erede. Sul proposito sono specialmente importanti e'l *senatusconsultum Pegasianum* ed una costituzione di Antonino. Per contro, questa legge soffrì sempre legalmente alcune eccezioni; anzi, secondo il nuovissimo dritto Giustinianeo, una proibizione del testatore può benanche allontanarne interamente l'applicazione; la qual cosa non si era mai potuta fare per lo innanzi.

Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit; nam quod amplius est, inutiliter relinquitur. §. 1, Inst., II, 24, *de singulis rebus per fideicommissum relictis.*

Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quidquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis. Idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis : uti legassit suae rei, ita ius esto. Qua auctoritate qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant; et idcirco plerique intestati moriebantur.

Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, caeteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est. Sed et haec lex non perfecit, quod voluit. Qui enim verbi gratia quinque millium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis milenos asses legando totum patrimonium erogare.

Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent. Ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur; sed tamen vitium simile nascebatur. Nam, in multas legatariorum personas distributo patrimonio poterat adeo heredi minimum relinquere testator, ut non expediret heredi, huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.

Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus ei legare liceat, quam dodrantem. Itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat; et hoc nunc iure utimur. Gaius, *Comm.*, II, §. 224-227.

Quicunque civis romanus post hanc legem (falcidiam) rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi romano pecuniam iure publico dare, legare volet, ius potestasque esto; dum ita detur legatum, ne minus, quam partem quartam hereditatis, eo testamento heredes capiant. Paulus, in fr. I, pr. D. XXXV, 2, *ad leg. Falcid.*

Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiae redigitur, mortis tempore spectatur...

Quum autem ratio legis Falcidiae ponitur, ante deducitur aes alienum, item funeris impensa, et pretia servorum manumissorum. Tunc deinde in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud heredes remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione eius, quod cuique eorum legatum fuerit. §. 2 et 3, Inst., II, 22, *de lege Falcidia.*

Nunquam legatarius vel fideicommissarius, licet ex Trebelliano senatusconsulto restituitur ei hereditas, utitur legis Falcidiae beneficio. Ulpian., fr. 47, §. 1, D., XXXV, 2, *Ad legem Falcidiam.*

§. 225.

Diversità de' legati e de' fedecommessi, secondo il loro obbietto ed il loro contenuto.

Obbietto di un legato o di un fedecommesso può essere nel diritto romano nuovissimo tutto ciò che può formare obbietto di una *obligatio*. Onde non solo si può far lasciti di cose corporali, col fine di trasferirne la proprietà, ma anche costituire, a pro del legatario, sotto la forma di un legato o di un fedecommesso ogni altra specie di diritto concernente i beni; ch'è quanto dire, tanto de' *iura in re aliena*, a mo' d'esempio, servitù e dritto di pegno, quanto nuove obbligazioni. Fra quest'ultime va compreso il *nomen legatum*, che si ha, quando si dà al legatario un credito spettante al testatore stesso od all'erede onerato. Il legatario acquista così il dritto di agire con un' *actio utilis* per avere l'altrui credito. Qui pure si riferisce la *liberatio legata*, ch'è quando vien rimessa al legatario una obbligazione, di cui era tenuto verso il testatore od inverso l'erede gravato; per ultimo il *debitum legatum*, che si ha quando il testatore lega ad alcuno ciò che gli dovea. L'efficacia di quest'ultimo legato presuppone del sicuro ch'esso procacci al legatario un vantaggio che altrimenti non sarebbe possibile (1).

---

(1) Il legatario è dispensato dall' obbligo di fare la prova, sicchè può chiedere il legato ancor quando il credito non esista;

Il pagamento a termine o *sub conditione* può chiedersi subito e *pure*. §. 14, Inst. *de leg.*

Il legatario non ha bisogno di riportarsene all' atto conchiuso col testatore ma può immediatamente sperimentare l' *actio personalis ex testamento*;

Il credito che il legatario vantava resta meglio garentito, giacchè con esso conseguesi un *pignus tacitum speciale*. L. 1, Cod., *Comm., de legat.* e perciò si può far uso dell' *actio hypothecaria*.

Colui che deve pagare il *legatum debiti* non può giovarsi delle eccezioni, che il testatore avrebbe potuto opporre contro l'azione del suo creditore. L. 13, D. *de liberat. leg.*

La *quarta Falcidia* non si può detraere da un *legatum debiti*. L. 28, §. 1, D. *de legatis* 1; e finalmente

Questo legato può anche apportare utilità al terzo, come, per esempio, ad un coerede, quando il credito realmente esiste, ed il testatore abbia imposto all'altro coerede l'obbligo di estinguerlo egli solo. L. 7, §. 3, D., *de lib. leg.*, ovvero quando un garante abbia fatto cotesto legato a favore del debitore principale. L. 49, §. 6, D., *de legat.* 1.

Un esempio ordinario del *legatum debiti* si ha nella *dos relegata*. Di fatti, il *relegatum dotis* reca non pochi vantaggi, i più de' quali non son diversi da quelli che trae seco ogni *liberatio legata*. — *Il Trad.*

§. 226.

Particolarità del legatum partitionis e del fideicommissum hereditatis.

GAI.. *Comm., lib. II*, §. 247, *seg. Inst., lib. II, tit.* 23, *De fideicommissariis hereditatibus. Dig., lib. XXXVI, tit.* 1, *Ad senatusconsultum Trebellianum Cod.. lib. VI, tit.* 49, *Ad senatusconsultum. Trebell.*

Nel concetto originario e naturale di un legato o di un fedecommesso, avvisato come una semplice diminuzione dell'altrui porzione di eredità, *delibatio*, risiede già questo, che quegli in chi va uno di tai lasciti diviene non erede, non rappresentante del defunto, ma non altro che *singularis successor*. Questa sua qualità ci si soffre anche più evidente là dove singoli obbietti di patrimonio, cose e dritti formino l'obbietto del legato o del fedecommesso. Solo prende un carattere al tutto proprio e in parte molto complicato qualora obbietto del lascito sia l'intera porzione ereditaria dell'erede, od una parte aliquota di questa porzione, il che senza dubbio fu non tardi riconosciuto come possibile.

Ciò potè sempre aver luogo sotto la forma di un legato, quando dal testatore era ordinato all'erede di fare una partizione, *partitio*, della sua porzione ereditaria con il legatario. In tal caso si fatto legato dicesi *partitionis legatum*, o *partitio legata*. Nella essenza di cotesta *partitio* sta ciò, che l'obbietto di questo legato sia sempre una quota dell'eredità, come tale, ora la metà, ora un'altra quota quale che sia, ma non mai l'intera porzione ereditaria. Del resto, ancor qui si stette fermi e fedeli al principio, che il legatario è mai sempre un successore singolare, e che per conseguenza i crediti e i debiti lasciati dal testatore non passano in lui. Epperò, dopo la divisione delle singole cose corporali null'altro rimane da fare all'erede ed al legatario, se non questo, ed è, che essi mediante un accordo reciproco, togliendosi l'incarico di pagare una parte proporzionata de'debiti che pesino sulla porzione ereditaria, e, dividendo tra loro proporzionalmente anche i crediti che vi sieno, *stipulationes partis et pro parte*, dian luogo artificialmente ad una eguaglianza che si accordi alla divisione ordinata dal testatore. Pertanto tutti questi impacci e lungherie si potevano evitare sol che l'erede acchetasse di piano patto il legatario con una data somma di danari.

Oltre ciò, e' si potè, dopo lo svolgimento de' fedecommessi, imporre all' erede testamentario od ab intestato, che sotto questo rispetto si addimanda *fiduciarius heres*, di restituire o l'intera porzione ereditaria od una parte aliquota di essa ad una terza persona, ch'è detta *fideicommissarius heres*. Questo si appellava *fideicommissum hereditatis*, o *fideicommissaria hereditas*. Tale fedecommesso, indipendentemente dalla forma della disposizione, distinguevasi essenzialmente dal *partitionis legatum* in ciò, che anche *tutta* la porzione ereditaria potea formare l' obbietto di cotesto lascito. Intanto ancor qui avea luogo in origine, a fine di condurre ad effetto la disposizione, una relazione

simile a quella che produceva la *partitio legata*. Quindi ancor qui era forza ricorrere all'espediente delle sopraccitate *stipulationes partis et pro parte*. Ma pel *senatusconsultum Trebellianum*, dato fuori sotto Nerone, esse divennero non più bisognevoli; chè da quell'ora fu statuito doversi il fedecommessario, rispetto a'crediti ed a'debiti ereditarii, considerare come un vero erede e coerede *pro rata* della restituita porzione ereditaria. E sebbene più in là, sotto Vespasiano, il *senatusconsultum Pegasianum* avesse per certi casi rendute nuovamente necessarie le sopradette stipulazioni, pure Giustiniano decretò che il fedecommissario fosse sempre considerato come un vero rappresentante ed erede del defunto dal momento della restituzione della eredità in proporzione di essa. Sol di certo ciò non ha luogo se non dopo che sia seguita la restituzione dell'eredità da parte del fiduciario al fedecommissario; imperocchè, prima di questa restituzione, il fedecommessario non ha peranco in realtà alcuna parte nell'eredità, salvo che il dritto di chiedere si fatta restituzione. Nè per effettuirla è mestieri che l'erede fiduciario faccia una vera tradizione delle cose ereditarie; basta solo ch'ei dichiari col vivo della voce e senza altra forma, che egli restituisce. Del resto, il *senatusconsultum Pegasianum* estese alla *fideicommissaria hereditas* l'applicazione della *lex Falcidia* circa il dritto accordato all'erede diretto di ritenere la *quarta*. E per effetto di tale senatoconsulto il fiduciario può essere anche egli costretto dal fedecommessario di accettare la eredità a fine di restituirla nel caso che il suo rifiuto fosse causato da un mero capriccio, e non giustificato da buone e vere ragioni.

Sicut singulae res legari possunt, ita universarum quoque summa, id est pars legari potest, quae species partitio appellatur, ut puta hoc modo: *Maevius heres meus cum Titio hereditatem meam partito, dividito*. Quo casu dimidia pars bonorum Titio legata videtur. Potest autem et alia pars, velut tertia vel quarta, legari. ULPIAN., Fragm., tit. XXIV, §. 25.

Quum aliquis scripserit: *Lucius Titius heres esto*, potest adjicere: *rogo te, Luci Titi, ut, quum primum possis hereditatem meam adire, eam Gaio Seio reddas, restituas*. Potest autem quisque et de parte restituenda heredem rogare; et liberum est, vel pure, vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex die certo.

Restituta autem hereditate is qui restituit, nihilominus heres permanet; is vero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur. Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus, senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut, si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones, quae iure civili heredi et in heredem competerent, ei et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas. Post quod senatusconsultum praetor utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit.

Sed quia heredes scripti, quum aut totam hereditatem, aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa: postea Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso et Pusione consulibus, senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset, hereditatem restituere, perinde liceret, quartam partem retinere, atque lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quae per fidei-

commissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Post quod senatusconsultum ipse heres onera hereditaria sustinebat, ille autem, qui ex fideicommisso recepit partem hereditatis, legatarii partiarii loco erat, id est eius legatarii, cui pars bonorum legabatur; quae species legati partitio vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem. Unde, quae solebant stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eaedem interponebantur inter eum, qui ex fideicommisso recepit hereditatem, et heredem, id est ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit... Sed, si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat, eam sibi suspectam esse, quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatusconsulto, ut, desiderante eo, cui restituere rogatus est, iussu praetoris adeat et restituat hereditatem; perindeque ei et in eum, qui receperit hereditatem, actiones dentur, ac iuris est ex Trebelliano senatusconsulto. Quo casu nullis stipulationibus opus est, quia simul et huic, qui restituit, securitas datur, et actiones hereditariae ei et in eum transferuntur, qui recipit hereditatem, utroque senatusconsulto in hac specie concurrente.

Sed, quia stipulationes ex senatusconsulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt, et quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat, et nobis in legibus magis simplicitas, quam difficultas placet, ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quam differentiis utriusque senatusconsulti, placuit, exploso senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatusconsulto praestare, ut ex eo fideicommissariae hereditates restituantur, sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive nihil penitus, ut tunc, quando vel nihil, vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei, vel quartam, vel quod deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano senatusconsulto, pro rata portione actionibus tam in heredem, quam in fideicommissarium competentibus. §. 2-7, Inst., II, 23, *de fideicommissariis hereditatibus*.

§. 227.

La mortis causa donatio.

Dig. lib. XXXIX. tit. 6, de mortis causa donationibus et capionibus. — Cod. lib. VIII. tit. 57, de donat. mortis causa.

Di presso alle due forme fondamentali delle disposizioni singolari di ultima volontà, da noi mentovate più sopra, cioè dire de' legati e de'fedecommessi, la *mortis causa donatio* forma in certo modo nel nuovissimo dritto romano una terza forma già per lungo tempo non poco controvertita.

Mortis causa donatio dicesi in generale quella donazione che si fa, gli è vero, con atto tra vivi, ma con espresso pensiero della morte del donante; per modo che debba produrre il suo effetto nel solo caso che il donatore si muoia prima del donatario. Appunto perciò essa non diviene perfetta se non dopo la morte del donante avvenuta quando ancor sia vivente il donatario, e si può rivocare in ogni tempo dal donante stesso. Il perchè essa ebbe sempre un'indole propria non men che dubbia, stando nel mezzo fra le convenzioni e i legati. Ondechè gli stessi giureconsulti romani non si accordavano a dire se la *mortis causa donatio* dovesse secondo la sua essenza considerarsi quale un contratto, ovvero siccome una disposizione di ultima volontà. Giusti-

niano decise alla perfine tal quistione dichiarando che la donazione a causa di morte dovesse considerarsi pienamente come un legato. Tuttavolta essa conserva sempre non poche qualità proprie e scostantisi da quelle de' legati. Ed in vero, primamente, non ostante la sua natura di un legato, per cui si dovea solennizzare con l'intervento di cinque testimoni, l'è pur sempre rimasta la forma esterna di una convenzione; secondamente, in questa qualità come convenzione, può trovar luogo e sussistere ancor là dove non vi sia verun erede, nè alcuno che in vece di lui rappresenti il defunto; mentrechè un vero legato o fedecommesso non può sussistere senza tal condizione (1). Per la medesima ragione anche un *filiusfamilias* potè sempre col consenso del suo *parens* e perciò per costui, far validamente una *mortis causa donatio* del così detto *profecticium peculium* che gli avesse affidato, avvegnacchè ei non abbia in tal caso facoltà di testare, nè di legare. Del resto si dubita e controverte assaissimo sul proposito.

Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem; cum quis ita donat, ut si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accepit; sin autem supervixisset, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia. Nam, quum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis, an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque causae quaedam habebat insignia, et alii ad aliud genus eam retrahebant; a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur, et sic procedat, quemadmodum nostra constitutio eam formavit. Et in summa, mortis causa donatio est, quum magis se quis velit habere, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum. §. 1, Inst., II, 7, *de donationibus*.

Filiusfamilias, qui non potest facere testamentum, nec voluntate patris, tamen mortis causa donare patre permittente potest. MARCIAN., fr. 25, §. 1, D., XXXIX, 6, *de mortis causa donat.*

§. 228.

Acquisto de' legati.

Dig. lib. XXXVI, tit. 2, quando dies legati vel fideicommissi cedat.—Cod. lib. VI, tit. 51, de caducis tollendis. tit. 53, quando dies legati vel fideicommissi cedat.

Non si tosto che quegli cui fu fatto un legato sopravvive a chi gliel fece, acquista per sè stesso e pe' suoi eredi un dritto permanente a questo legato. *Dies legati cedit.* Soltanto ciò presuppone che niuna condizione fu posta per tale legato, o che la condizione già siasi adempita. Quanto all' accettazione, non è bisogno di una sua speciale dichiarazione. Notisi però che finchè egli non dichiari positivamente di voler ricevere il legato, sino a che non venga a questa *agnitio legati*, può bene rinunciarvi; nel qual ultimo caso si considera retrospettivamente siccome non acquistato mai. Le restrizioni già di buon' ora in

(1) V. sopra il §. 220.

vigore, per le quali in virtù della *lex Julia et Papia Poppea* dal tempo di Augusto non si potè acquistare alcun legato prima dell' apertura del testamento, furono abolite da Giustiniano con tutte le loro conseguenze (1).

Ciò risguarda l'acquisto. Quanto al pagamento effettivo, il legatario non può chiederlo se non quando *dies legati venit*, cioè quando l'erede, cui dee volgersi a dimandare il legato, abbia acquistato la sua porzione ereditaria. Circostanze peculiari, verbigrazia, un termine prefisso dal testatore medesimo pel pagamento, possono dar causa ad un più lungo ritardo. *Ubi dies legati venit*. Di qui si vede che, di regola, il tempo di cui si dice: *dies legati venit*, succede all' altro tempo che suolsi esprimere con la frase: *dies legati cedit*.

Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam; *venire* diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ulpianus, fr. 213, D., L, 16, *de verb. signifcat.*

Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum. Ulpian., fr. 5, pr., D., XXXVI, 2, *quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat.*

Omnia, quae testamentis sine die vel conditione adscribuntur, ex die aditae hereditatis praestentur. Modestinus, fr. 32, pr., D., XXXI, *de legatis.*

Si quis rem sibi legatam ignorans adhuc legaverit, postea cognoverit, et voluerit ad se pertinere, legatum valebit; quia, ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est. Si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis. Ulpianus, fr. 44, §. 1, D., XXX, *de legat.*

§. 229.

Garentia de' legati e de' fedecommessi.

Il legato ed il fedecommesso fonda in sè e per sè un vincolo di obbligazione tra l'onerato e l'onorato, e tale che i giuristi romani nel loro sistema delle obbligazioni fan derivare *quasi ex contractu* (2). Il perchè l'azione, con la quale, *post diem legati venientem*, può il legatario far valere e sperimentare il suo dritto sul legato acquistato, è, di regola generale, un'azione puramente personale, la così detta *actio personalis ex testamento*. Essa non era destinata in origine che per il solo legatario, ma più tardi fu applicata benanco a' fedecommessi. In ogni modo, quegli cui fu legata una cosa appartenente al testatore, e determinata per rispetto alla specie, ne diviene proprietario *eo ipso*, senza che vi sia bisogno di una *traditio*, e quindi ha senza più il dritto di vindicare la cosa come sua dalle mani d'ogni terzo possessore. Secondo il dritto antico questo immediato trasferimento della proprietà nel legatario presupponeva sempre la forma del *per vindicationem legatum*, per cui faceasi, per così dire, ordine al legatario di vindi-

(1) V. appresso il §. 235.
(2) Vedi sopra il §. 144.

care dalla eredità la cosa legata. Allora era questa una delle tante *adquisitiones dominii*, che i romani indicano come *lege adquirere*. Ma, dopo la fusione di tutt'i legati e de'fedecommessi, cotesta forma non è più necessaria quando la cosa legata appartenga in proprietà allo stesso testatore.

Per sicurtà del loro dritto il legatario e il fedecommessario hanno eziandio un' ipoteca legale tacita sulla porzione ereditaria del gravato.

Se l'onerato ritardava o rifiutavasi colpevolmente di consegnare il legato egli potea, secondo il dritto più antico, essere punito con la perdita di tutto ciò che avea ricevuto dal testatore, quando questi avesse così ordinato col suo testamento, il che non era infrequente. Ma nel dritto romano nuovissimo non ci è più bisogno di sì fatta speciale minaccia. Poichè, giusta una regola generale posta da Giustiniano, allorchè il gravato, non ostante una dimanda giudiziaria, indugia per un anno la satisfazione del legato senza giusto motivo, a cagione della *indegnità* così comprovata, tutto ciò che abbia ricevuto dal defunto può venirgli tolto da certe persone aventi appunto questo dritto (1).

Quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam. §. 2, Inst., II, 20, *de legatis*.

§. 230.

De' casi in cui i legati non sono validi.

Gai., *Comm., lib. II*, §. 229, *seg.* — *Inst., lib. II, tit.* 21, *de ademptione legatorum* — *Dig., lib. XXXIV, tit.* 4, *de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis.*

Un legato può essere nullo sin dal momento in cui si fa, *legatum non scriptum*. Si ha in questo un effetto naturale della circostanza che nella disposizione che lo contiene sia mancato un requisito essenziale alla sua validità. Un legato può eziandio, benchè fu disposto validamente in principio, divenire invalido di poi. Ciò è specialmente l'effetto di ogni indubitato cangiamento di volontà del testatore, il quale abbia dato a riconoscere, come che sia, vuoi in un testamento od in un codicillo, od altrimenti, la sua intenzione che il lascito debba essere rivocato. Per contrario, ogni formazione di un nuovo codicillo non è per sè stessa bastevole ad annullare i legati fatti in un codicillo precedente, nel modo stesso che la formazione di un secondo testamento basta per rivocare il primo; sendochè molti codicilli distinti per ragion del tempo, in che furon fatti, possono coesistere tutt' insieme (2). Nè meno è da confondere con la rivocazione, con la semplice *ademptio le-*

(1) Ved. più giù il §. 234.
(2) V. sopra il §. 222.

gati, la *translatio legati*, l'ordinamento cioè di un nuovo legato in luogo del precedente. Un legato può naturalmente divenire anco inutile qualora il legatario non possa o non voglia acquistarlo.

Quando un legato è o diviene inefficace, di regola generale, lo si guadagna dall' erede che ne fu gravato, stantechè egli non deve più somministrare la cosa legata. Tuttavolta può, secondo le circostanze, aver luogo una delazione al tutto nuova, cioè quando il legato fosse divenuto *inutile* per non essere stato raccolto dal chiamato, ed a quest'ultimo, appunto per tal caso, dal testatore fu nel testamento o nel codicillo sostituito un altro che deva essergli surrogato. Cotesta *vulgaris substitutio* è ne' legati e fedecommessi possibile legalmente come nelle istituzioni di erede.

Di più, là dove una cosa fu legata tutta insieme a più persone, può aver luogo il *dritto di accrescere*, per cui la parte della cosa legata divenendo vacante per la mancanza di un collegatario si accresce alla parte già acquistata da coloro che restano collegatarii. Nullameno ciò avvien solo per eccezione, cioè soltanto allorchè lo stesso testatore abbia voluto questo dritto di accrescere, il che si argomenta dalla disposizione del legato, dalla *coniunctio* de' molti legatari. Gli è questo il caso quando egli manifestamente, nel fare il legato, non dava all' uno di più collegatari tutta la cosa se non perchè davane ancora una parte all'altro che or viene a mancare, ove in conseguenza il dritto del legatario già rimasto circa tutta la cosa doveva essere limitato solo per la concorrenza di colui che è mancato. Secondo il dritto romano più antico tale *ius adcrescendi collegatariorum* poteva solo aver luogo trattandosi di cosa legata *per vindicationem* a più persone. Il che fu anche soggetto, in forza delle leggi caducarie, a restrizioni non poche. Le quali tutte restrizioni al dritto di accrescere furon tolte per Giustiniano sempre però presupponendo una vera *coniunctio*.

Ademtio legatorum, sive eodem testamento adimantur, sive codicillis, firma est, sive contrariis verbis fiat ademptio, veluti, si quod ita quis legaverit: *do, lego*, ita adimatur: *non do, non lego*, sive non contrariis, id est aliis quibuscumque verbis.

Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest, veluti si quis ita dixerit: *hominem Stichum, quem Titio legavi, Seio do, lego*; sive in eodem testamento, sive in codicillis hoc fecerit. Quo casu simul Titio adimi videtur, et Seio dari. Inst., lib. II, tit. 21.

Si duobus eadem res per vindicationem legata sit, sive coniunctim, velut: *Titio et Seio hominem Stichum do, lego*, sive disiunctim, velut: *Titio hominem Stichum do, lego, Seio eundem hominem do, lego*, concursu partes fiunt; non concurrente altero, pars eius iure civili alteri adcrescebat. Sed post legem Papiam Poppaeam non capientis pars caduca fit.

Si per damnationem eadem res duobus legata sit, siquidem coniunctim, singulis partes debentur, et non capientis pars iure civili in hereditate remanebat; nunc autem caduca fit; quod si disiunctim, singulis solidum debetur. ULPIAN., Fragm. tit. XXIV, §. 12 et 13.

Ubi autem legatarii, vel fideicommissarii duo forte, vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit, si quidem hoc coniunctim relinquatur, et omnes veniant ad legatum, pro sua portione quisque hoc habeat. Sin vero pars quaedam ex his

deficiat, sancimus, eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere accrescere, vel si omnes noluerint, tunc apud eos remanere, a quibus derelictum est. IUSTINIAN., c. un., §. 11, C., VI, 51, *de caducis tollendis.*

SEZIONE TERZA.

ALTRE SUCCESSIONI IN CASO DI MORTE.

§. 231.

Nota introduttiva.

Alcune persone, ancora che non siano state istituite *eredi*, e senza che il defunto abbia lor fatto un *legato* od un *fedecommesso*, possono conseguire una successione in caso di morte. Per altro tutte queste successioni hanno una somiglianza con l'eredità e co' legati, in quanto che esse, secondo le circostanze, costituiscono ora una *per universitatem successio*, ora una *singularis successio*. Un nome generale che tutte le significhi non si rinviene ne' fonti giuridici ; non v' è altro che l'espressione generale : *mortis causa capiones*. I romani comprendevano in generale sotto questa espressione anche ogni acquisto che una persona faccia in occasione della morte di un altro, ma in ispecialità allorquando quel dato acquisto non abbia un nome proprio e peculiare, e quindi in contrapposto di *eredità*, di *legati* e di *fedecommessi*.

Veramente non tutti, ma la più parte di tali acquisti si annodano guardando alla loro origine storica, alla *lex Julia et Papia Poppaea*, data fuori al tempo di Augusto ed importante per moltiplici rispetti. Lo scopo di questa legge, chi avvisa la sua tendenza, fu duplice ; ripopolare in regolar modo l' Italia poco meno che in tutto diserta di genti dalle guerre civili che lungamente la dilacerarono; provvedere alle necessità del pubblico erario, che era esausto. A causa di molte disposizioni che contenevansi in essa, e che erano venute in odio a'Romani di quo' tempi, riuscì ad Augusto soprammodo difficile il vincere la sua proposta nella popolare assemblea.

Mortis causa capitur, quum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur. Certe enim et qui hereditario, aut legati, aut fideicommissi iure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem; sed quia proprio nomine hae species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur. GAIUS, fr. 31, pr., D., XXXIX, 6, *de mortis causa donationibus et capionibus.*

§. 232.

Bona vacantia.

Cod., lib. X, tit. 10, De bonis vacantibus.

A' primi tempi lo Stato non avea pretensione veruna sovra le successioni rimaste senza eredi. Esse veniano piuttosto risguardate come *res nullius* in quanto che ognuno poteva occuparle : almeno usucapirle *pro herede* (1). E ciò era tanto più importante, in quanto che, giusta il rigore e l' indole peculiare dell' antica *hereditas*, *quia in legitimis hereditatibus non erat successio*, dovea spessissimo avvenire il caso di beni senza eredi anche quando esistessero stretti congiunti ed appartenenti al defunto (2). In tal caso, mancandovi assolutamente un *successor per universitatem*, i crediti ed i debiti del defunto tornavano a nulla. Pure, chi avea per tal modo occupata ed usucapita la maggior parte de' beni della successione, dovea accollarsi e continuare i *sacra privata* del defunto. Ma l'apparente durezza e la sconvenienza che per avventura si possono scorgere in questo istituto, doveano nel fatto esser meno avvertite, perocchè d'ordinario i più prossimi parenti aveano l'opportunità di occupar quelle cose e ne profittavano. In fine cotesti casi di beni vacanti divennero sempre più rari poi che si fu svolto il dritto di successione pretoria, che introdusse la *successio ordinum et graduum*.

Non prima di Augusto, in virtù della *lex Julia et Papia Poppaea (caducaria)* cotesto dritto generale di occupazione cessò ; e invece lo Stato ebbe potestà di appropriarsi i *bona vacantia*, di *vindicarli*, di *occuparli*. Lo Stato, cioè ne' primi tempi l' *aerarium*, più tardi il *fiscus*, non è nè dicesi in tal caso veramente *heres*, ma per moltissimi rispetti vien considerato come un erede, e in ogni caso come un *successor per universitatem*. Dal tempo di Adriano, e più interamente da quello di Costantino, Teodosio II e Valentiniano III, un simile dritto di revindicazione può essere esercitato, a preferenza del fisco, dalla legione o *vexillatio* quando trattasi di beni di un militare rimasti vacanti; dalla Chiesa quando si tratta de' beni di un ecclesiastico, e da certe altre congregazioni quando è il caso di beni lasciati da un loro associato già morto senza eredi.

Il dritto di occupazione spettante al fisco ed a'suoi rappresentanti, deve, del resto, esercitarsi infra lo spazio di quattro anni dal momento che siasi verificata la mancanza di eredi. Altrimenti vien escluso mercè la *praescriptio quadriennii*.

Se il fisco non si fa innanzi con alcuna pretensione su i *bona vacantia*, i creditori del defunto, giusta lo editto del Pretore, possono

(1) V. il §. 257.
(2) V. sopra il §. 205.

avere la *missio in possessionem bonorum* per apparecchiare così l'apertura del concorso.

Si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit, aut sit quidem, ius suum omiserit, populo bona deferuntur, ex lege Iulia caducaria. ULPIAN., Frag. XXVII, §. 7.

§. 233.

Il caducum.

Cod. lib. VI, tit. 52, *de caducis tollendis.* — *Cod. lib. VIII, tit.* 58, *de infirmandis poenis coelibatus et orbitatis et de decimariis sublatis.*

Il nome e la nozione del *caducum* non altronde provvennero che dalla *lex Julia et Papia Poppaea*, la quale, a cagione delle numerose disposizioni che contiene e che son relative a quest'oggetto, ha ricevuto il soprannome di *lex caducaria*. Al dritto, che pria vigeva sul proposito, si riferisce qual contrapposto la espressione: *ius antiquum*.

La voce *caducum* in senso lato esprime qualunque cosa ereditaria, così ogni porzione ereditaria, come ogni lascito, che secondo la *lex Julia* colui, al quale fu lasciata per disposizione testamentaria e per maniera riconosciuta dal dritto civile più antico, *iure antiquo*, non acquista o non può acquistare per una causa quale che sia, nè dipendente dalla volontà del testatore. *Cadit ab eo*. In senso poi proprio si addimanda *caducum* solo quell'obbietto ereditario che il chiamato non acquista per una causa sopravvenuta infra il tempo decorso dalla morte del testatore sino all'apertura del testamento. Per contrario, se la causa sopravvenne pria che morisse il testatore, l'oggetto che per essa non fu potuto acquistarsi, dicesi *in causa caduci*. Quel che da principio fu lasciato invalidamente, non appartiene al *caducum*.

In quella più lata nozione del *caducum* si racchiude specialmente ogni eredità testamentaria, ed ogni legato lasciato ad un *coelebs*, cioè ad un uomo non ammogliato, uscito di pupillo, nè avente ancor sessanta anni, o ad una donna non maritata, maggiorenne, e che abbia meno di cinquanta anni, sempre che nel corso di 100 giorni, *dies cretionis*, non contraggano matrimonio. Chi è *orbus*, cioè, capace di ammogliarsi, ma senza figli, non può avere più che la metà di ciò che gli fu lasciato nel testamento di un estraneo. Quel di più che non può acquistare è *caducum*. Anche i coniugi che non abbian prole, non possono reciprocamente darsi per testamento che certe decime parti della loro successione ; quel che accede è *caducum*. Il medesimo è a dire finalmente di ogni disposizione ordinata in un testamento, la quale fu valida dapprima, ma nel tempo interceduto tra la morte del testatore e l'apertura del testamento, sia divenuta invalida.

Quel che diveniva *caducum* poteva anzi tutto essere rivendicato dagli eredi istituiti nel testamento e che avessero figliuoli ; mancando questi, da' legatari non privi di prole. Fuori di tai casi, il dritto di rivindicazione spettò prima all'*aerarium*, più in là al *fiscus*, anzi, a quel

che pare, da Caracalla in poi, senza nemmeno la predetta limitazione. Tuttavolta si serbò un' altra mitigazione del caso di caducità, e contenuta parimente nella stessa *lex Papia;* e questa era, che certi parenti del testatore privilegiati sotto questo riguardo, cioè, i discendenti e gli ascendenti fino al terzo grado, istituiti nel testamento, poteano far valere il dritto di accrescere che già aveano avuto prima della *lex Julia*, eziandio per quello che fosse propriamente *caducum*, ed essere per tal modo preferiti all'*aerarium* nella *vindicatio* de' *caduca*. Essi avevano il *ius antiquum in caducis.* Del rimanente, un caso temibile di *caducitas* potea molto di leggieri essere rimosso dallo stesso testatore per mezzo di una sostituzione volgare ch' egli aggiungesse all' istituzione di erede od al legato.

La successione cui davasi luogo per effetto di caducità era una *per universitatem successio* quando si trattava di una parte ereditaria, ed una *singularis successio* nel caso di un legato.

Il rigor delle regole sulla caducità venne di mano in mano mitigato. Già fin dall' età di Traiano fu stabilito che se l' incapace di succedere si denunciasse egli stesso all' *aerarium* in tempo utile, dovesse avere in premio la metà delle cose confiscate, già legalmente attribuita al denunciante. Solo al tempo di Costantino furono in generale notevolmente ridotti i casi del *caducum*, in quanto che al *caelebs* ed all'*orbus* fu ridata la piena capacità di ereditare. Finalmente Giustiniano tolse via tutt' i casi di caducità con tutte le sue conseguenze, e quindi fece compiutamente rivivere il *jus antiquum in caducis.*

Quod quis sibi testamento relictum, ita ut iure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo. Verbi gratia, si caelibi, vel latino Juniano legatum fuerit, nec intra dies centum vel celebs legi paruerit, vel latinus ius Quiritium consecutus sit; aut si ex parte heres scriptus, vel legatarius ante apertas tabulas decesserit, vel peregrinus factus sit.

Hodie ex constitutione Imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur; sed servato iure antiquo liberis et parentibus.

Caduca cum suo onere fiunt. ULPIAN., Fragm., tit, XVII, §. 2-3.

Item liberis et parentibus testatoris usque ad tertium gradum lex Papia ius antiquum dedit, ut, heredibus illis institutis, quod quis ex eo testamento non capit, ad hos pertineat, aut totum, aut ex parte, prout pertinere possit. ULPIAN., Fragm., tit. XVIII.

Quamvis prima causa sit in caducis vindicandis heredum liberos habentium, deinde, si heredes liberos non habeant, legatariorum liberos habentium, tamen ipsa lege Papia significatur, ut collegatarius coniunctus, si liberos habeat, potior sit heredibus, etiamsi liberos habebunt. GAI., *Comm.*, II, §. 207.

Jus patrum non minuitur, si se is deferat, qui solidum id, quod relictum est, capere non potest. Sane si post diem centesimum patres caducum vindicent, omnino fisco locus non est. Fragm., *de iure fisci*, §. 3.

§. 234.

Il così detto erepticium.

Dig. lib. XXIX, tit. 5, de senatusconsulto Silaniano et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur. tit. 6, si quis aliquem testari prohibuerit, vel coegerit. Dig. lib. XXXIV, tit. 9, de his, quae ut indignis auferuntur. — Dig. lib. XLIX, tit. 14, de iure fisci. — Cod, lib. VI, tit. 34, si quis aliquem testari prohibuerit, vel coegerit. tit. 35, de his, quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad senatusconsultum Silanianum.

La *lex Julia*, quella stessa che introdusse il concetto del *caducum*, istituì eziandio un' altra successione speciale in caso di morte, il così detto *erepticium* o *ereptorium*. Altre leggi fecero di poi non poche aggiunte alle sue disposizioni, e per tal modo si è svolta più compiutamente la teoria dell' *indignitas*.

A colui che secondo i principî generali del dritto romano è in tutto *capace di succedere*, può con *tutta efficacia* deferirsi tanto una eredità, quanto un legato od un fedecommesso. Egli può eziandio in sè e per sè *acquistarli*. Purnondimeno in certi casi egli non può profittare di questo dritto, sendochè le leggi lo dichiarano *indignus* di conseguire o di ritenere così fatti vantaggi di successione. Così se il chiamato si è reso colpevole di certi fatti malvagi od almeno di cattiva condotta, specialmente inverso al defunto, ne segue che certe persone sono facultate di togliere per sè la eredità a lui devoluta, od il legato che gli si fosse lasciato. *Indigno hereditas vel legatum eripitur, aufertur.* L' indegno può soffrire questa *ereptio* prima o dopo l'acquisto della cosa che gli fu lasciata; e nel secondo caso è possibile che ciò gli rechi pregiudizî al tutto peculiari. Que' che ha dritto ad *eripere*, è, secondo le circostanze, ora l'*aerarium*, il *fiscus*, ora il coerede dell' indegno, ora l'onerato, or finalmente l' erede ab intestato. Un esempio ce l' offre la disposizione di legge già menzionata di sopra, secondo la quale l'erede o il legatario, che, non ostante l' ordine del giudice, non satisfa per colpa il legato od il fedecommesso che validamente gli fu imposto, dee perdere tutto ciò che da questa successione gli sia pervenuto. Qui pure è da notare il *fideicommissum tacitum;* poichè chi segretamente, *in fraudem legis*, si addossa l' incarico di un fedecommesso a pro di un incapace, non conserva egli stesso ciò che era destinato all'incapace, ma il fisco glielo toglie, come ad un indegno.

Del resto, questa sorta di successione in caso di morte introdotta dall'*ereptio* è, secondo le circostanze, ora una semplice *per universitatem successio*, ora una pura *singularis successio ;* la prima quando vien tolta un' eredità ; la seconda quando l' obbietto che si perde è un legato od un fedecommesso.

Lege nobis adquiritur, velut caducum, vel erepticium (?) ex lege Papia Poppaea. ULPIAN., Fragm., tit. XIX, §. 17.

Si quis in fraudem tacitam fidem accommodaverit, ut non capienti fideicommissum restituat, nec quadrantem eum deducere, senatus censuit, nec caducum vindicare ex eo testamento, si liberos habeat. ULPIAN., Fragm., tit. XXV, §. 17.

Quae autem antiquis legibus dicta sunt de his, quae ut indignis auferuntur, et nos simili modo intacta servamus; sive in nostrum fiscum, sive in alias personas perveniant. IUSTINIAN., c. un., §. 12, C., VI, 51, *de caducis tollendis.*

§. 235.

Addictio bonorum libertatum servandarum causa.

Inst., lib. III, tit. 12, De eo cui libertatis causa bona addicuntur.

Allorchè il testatore ha manomessi gli schiavi nel suo testamento mediante un legato od un fedecommesso, e tra gli eredi istituiti non è chi voglia o possa acquistare l'eredità, questa, secondo un rescritto di Marco Aurelio, deve essere aggiudicata, *addicta*, ad uno de' servi manomessi nel testamento, oppure ad un terzo che la dimandi, purchè dia sicurtà di pagare i debiti e di mantenere le manomissioni. In origine ciò non avea luogo che nelle eredità testamentarie, ma di poi fu esteso anche nelle intestate, quando le manomissioni fossero ordinate ne' codicilli. Lo scopo di questa *addictio* è il mantenimento delle manomissioni testamentarie, le quali senza di essa sarebbero rimaste prive di effetto insieme col testamento medesimo. La successione, cui si dà luogo, è naturalmente una *per universitatem successio.*

Accessit novus casus successiónis ex constitutione Divi Marci. Nam, si ii, qui libertatem acceperunt a domino in testamento, ex quo non aditur hereditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causa, audiuntur...

Inprimis hoc rescriptum toties locum habet, quoties testamento libertates datae sunt. Quid ergo, si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hereditas? an favor constitutionis debebit locum habere? Certe, si intestatus decesserit et codicillis dederit libertatem, competere eam, nemini dubium est. Pr., et §. 3, Inst., III, 12, *de eo, cui libertatis causa bona addicuntur.*

§. 236.

In iure cessio della hereditas.

Dig. lib. XVIII, tit. 4, de hereditate vel actione vendita — Cod., lib. IV, tit. 39, de hereditate vel actione vendita.

Noi notammo più sopra che, secondo il dritto più antico, al *legitimus heres* era lecito di cedere ad un altro l' eredità a lui deferita, *prima* di farne lo acquisto. Con ciò si operava una specie di nuova delazione dell' eredità in favore del cessionario, che facendo l'adizione diventava formalmente erede (1). Il *suus heres*, come quegli che ac-

(1) V. sopra il §. 205.

quistava l' eredità *ipso iure*, non potea natnralmente fare una simile *in iure cessio* (1). Tutto questo non avea luogo se non per la sola successione intestata.

Similmente *dopo* l' acquisto dell' eredità una *in iure cessio*, non che possibile, era, a dir vero, permessa da parte dell' erede, fosse stato egli chiamato *ex testomento* od *ab intestato*, ma allora non si dava luogo ad una nuova delazione ; solo il cedente restava, in qualità di *heres*, obbligato verso i creditori della eredità mentrecchè i debitori di essa erano liberati. Il cessionario null' altro acquistava in proprietà salvo che i *corpora hereditaria*. Se tale *cessio* si fosse fatta pria dell' adizione non avrebbe prodotto alcun effetto.

Nel nuovo dritto romano, dopo che è andata in disuso la *in iure cessio* in generale, non si può vedere di simili effetti. Quindi non bisogna confondere con tutti questi casi di *in iure cessio* dell' *hereditas* un caso ch' è pur possibile nel nuovissimo dritto romano, qnello, cioè, di una *alienazione* ordinaria, *venditio* dell' eredità, dopo che questa fu acquistata dall' erede. Con ciò non si dà certamente mai luogo ad una *per universitatem successio*. Piuttosto il venditore resta sempre erede, giacchè fu tale una volta, e come tale è obbligato inverso i creditori della eredità nel tempo stesso ch'ei conserva i proprii crediti contro di essa. Essendo pertanto il venditore obbligato conforme al contratto di trasferire al compratore non pur le cose corporali della eredità, ma anche gli utili provvenienti da' crediti ereditarii, nel modo stesso che reciprocamente il compratore è obbligato di sgravare il venditore da' debiti e pesi della sncccessione, concludonsi tra loro le *stipulationes partis et pro parte*, siccome suol farsi nella *portitio legata* (2).

Si is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet heredilas, in iure eam alii ante aditionem cedat, id est, antequam heres exstiterit, perinde fit heres is, cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset. Post aditionem vero si cesserit, nihilo minus ipse heres permanet et ob id creditoribus tenebitur, debita vero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora

---

(1) Così i Sabiniani. I Proculiani andavano in diversa sentenza. *Diversoe scholoe auctores idem eos* (suus et necessarius heres) *ogere putant quod ceteri post aditam hereditatem ; nihil enim interest utrum aliquis cernendo aut pro herede gerendo heres fiat, on iuris necessitate hereditati adstringatur.* Gai., Comm. III, 87. — *Il Trod.*

(2) V. sopra il §. 226. — Rigorosamente parlando, questo era il caso primitivo delle *stipulationes emptae et venditae hereditatis*. La *partis stipulatio* è la stipulazione del legatario ; la *stipulatio pro parte* (*indemnem* o *fore defensum iri*) è quella dell' erede. *Partis autem et pro parte stipulationes proprie dicuntur, quae de lucro et damno communicondo solent interponi inter heredem et legatarium partiarium, id est, cum quo partitus est heres.* Ulp. XXV, 15. Le prime *stipulationes* si usarono dappoi nella restituzione di un fedecommesso universale, o di quello almeno che comprendesse tutta la parte dell'erede gravato; la qual restituzione facevasi nella forma di una vendita, *nummo uno*, *stipulationes emptae et venditae hereditatis* ; le seconde, veunero adoperate ancor esse, per analogia, quando trattavasi del fedecommesso di una quota parte.

Il Trad.

vero eius hereditatis perinde transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si ei singula in iure cessa fuissent.

Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in iure cedendo eam nihil agit: postea vero, quam adierit, si cedat, ea accidunt, quae proxime diximus de eo ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, si post aditionem in iure cedat. GAIUS, *Comm.*, II, §. 35 et 36.

§. 237.

Usucapio pro herede.

Ognuno, secondo il dritto romano più antico, sol che avesse la capacità di ereditare e segnatamente per effetto di un testamento, poteva acquistare un' eredità non a lui deferita impossessandosi di essa prima che altri, dopo la sua apertura, ne avesse preso il possesso in qualità di erede, e continuato a possederla pacificamente per lo spazio di un anno. *Usucapio pro herede.* Nè singole cose corporee, *res hereditariae*, *corpora hereditaria*, eran quel che si poteva usucapire a questo modo, ma effettualmente tutta quanta la eredità, come tale, il dritto all' eredità stessa, *ipsa hereditas*. Il perchè con l' eredità usucapita passavano pure all' usucapiente i *sacra privata*. Nè c' era bisogno di un *iustus titulus* o della *bona fides* per togliere in tal guisa l' eredità allo erede. Di qui il nome di *improba*, *lucrativa usucapio*. Lo scopo di questo istituto giuridico era moltiplice ; perocchè primamente con esso provvedeasi pe' molti casi, ne' quali giusta il dritto civile più antico mancasse in generale l' erede chiamato, e dove le eredità paressero come prive di eredi. Poi risiedeva qui pure un mezzo di costringere indirettamente lo erede chiamato di adire più sollecito la eredità in pro de' creditori ereditarii. Finalmente aveasi di tal guisa ancor cura di conservare i *sacra privata* che altrimenti avrebbero non di rado avuto del danno.

Solamente svariate circostanze, segnatamente l' introduzione della *bonorum possessio* congiunta con un senatoconsulto dato fuori sotto Adriano (1) conferirono a porre un fine a tutta l' *usucapio pro herede* come superflua, anzi pregiudizievole. Nè qui faccia inganno ad alcuno quella *usucapio pro herede*, che ancora s' incontra nel dritto giustinianeo ; questa ha solo per oggetto singole cose ereditarie, ed in genere per significato ed importanza non vuolsi confondere con quella, di cui più sopra si è discorso.

Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat, alienam rem se possidere, usucapiat, velut si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit. Nam ei concessum est usucapere, si modo ea res est, quae recipit usucapionem. Quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur.

---

(1) V. sopra il §. 217.

Qua re autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur. Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur: nam sciens quisque rem alienam lucrifacit. Sed hoc tempore iam non est lucrativa. Nam ex auctoritate divi Hadriani senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur; et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo perinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset. Gaius, *Comm.*, II, §. 52, 53, 55-57.

INDICE

(I numeri denotano le pagine).

A

B

D

E

Q

R

S

T

APPENDICE PRIMA

Quadro cronologico della Storia del dritto romano

PRIMO PERIODO

I Re: 1—244 della Città — 753—510 avanti la nascita di Cristo.

Anno della Città	Anno av. la nas. di Cr.	Storia dello Stato	Fonti del dritto	Giureprudenza
1	753	Origine di Roma.		
1—37	753—717	Romolo.		
39—82	715—672	Numa Pompilio.		
82—114	672—640	Tullo Ostilio.		
114—138	640—616	Anco Marzio.		
138—176	616—578	Tarquinio Prisco.		
176—220	578—534	Servio Tullio.		
220—244	534—510	Tarquinio Superbo.		
244	510	Cacciata di Tarquinio.	*Leges regiae.*	*Jus Papirianum.*

SECONDO PERIODO

Il Governo Consolare: 245—724 della Città
509—30 avanti la nascita di Cristo.

Anno della Città	Anno av. la nas. di Cr.	Storia dello Stato	Fonti giuridiche	Giureprudenza
245	509	Bruto e Collatino, primi Consoli.	*Lex Junia tribunicia* e le *leges Valeriae.*	
246	508	Lotta della nuova Repubblica con Tarquinio —Porsenna.		
260	494	*Secessio I^a plebis in montem sacrum;* Istituzione de' tribuni del popolo e degli *Aediles plebis.*	*Leges sacratae.*	

Anno		Storia dello Stato	Fonti Giuridiche	Giureprudenza
della Città	av. la nas. di Cr.			
263	491	Primi Tributi Comizii.		
268	486	. . . .	*Lex Cassia agraria.*	
282	472	. . . .	*Lex Pinaria.*	
283	471	. . . .	*Lex Publilia Voleronis.*	
292	462	. . . .	*Lex Terentilia.*	
300	454	. . . .	*Lex Aternia Tarpeia.*	
302	452	. . . .	*Lex Menenia Sextia.*	
302—304	452—450	I Decemviri.	*Leges XII tabularum.*	Appio Claudio.
305	449	*Secessio IIª plebis (in Aventinum)* Interne lotte rinnovate tra i Patrizi ed i plebei.	*Leges Valeriae Horatiae. Lex Duilia.*	
306	448	. . . .	*Lex Trebonia.*	
307	447	Il popolo sceglie i Questori.		
309	445	. . . .	*Leges Canuleiae.*	
311	443	Instituzione de' Censori.		
320	434	. . . .	*Lex Aemilia.*	
324	430	. . . .	*Lex Julia e Papiria.*	
337	417	. . . .	*Lex Maecilia e Metilia.*	
364	390	. . . .	*Lex Appuleia. Lex Publilia de sponsu.*	
387	367	I Plebei conseguono il Consolato. Istituzione del *Praetor urbanus* e di due *Aediles Curules.*	*Leges Liciniae Sextiae. Lex Plaetoria?*	
397	357	. . . .	*Lex Duilia et Maenia de unciario foenore Lex Manlia.*	

Anno		Storia dello Stato	Fonti giuridiche	Giureprudenza
della Città	av. la nas. di Cr.			
402	352	Istituzione de' *Quinquemviri mensarii.*	*Lex Marcia?*	
407	347	. . . .	*Rogatio tribunicia de fenore.*	
409	345	I Plebei conseguono la Censura.	*Lex Furia de sponsu.*	
412	342	. . . .	*Lex Genucia. Lex Valeria.*	
415	339	. . . .	*Leges Publiliae.*	
441	313	. . . .	*Lex Poetelia.*	
447—450	307—304	. . . .	. . . . . .	Appio Claudio Ceco Centimano, pronipote del Decemviro, 447 (307) Console autore delle *actiones* che nel 450 (304) il suo *scriba* Cn. Flavio come *Jus Flavianum* pubblicò.
454	300	. . . .	*Lex Valeria.*	
467	287	*Secessio IIIa plebis (in Ianiculum).*	*Lex Hortensia. Lex Aquilia?*	
488	266	Totale conquista d'Italia. (Guerra Sannitica, guerra contro Taranto).		
500	254	. . . .	. . . . . .	Tiberio Coruncanio, Primo Pontefice massimo uscito dalla *Plebs.*
507	257	Instituzione del *Praetor peregrinus?*	*Lex Silia* sui pesi e misure. *Lex Silia* e *Calpurnia* sulla *condictio?*	
511	243	. . . .	*Lex Papiria?*	
513	241	Sicilie, prime provincie romane—Guerra Punica.		
515	239	. . . .	*Lex Mamilia?*	
520	234	. . . .	*Lex Aebutia?* (550? 605?)	
522	232	. . . .	*Lex Flaminia agraria* (526?)	

Anno		Storia dello Stato	Fonti giuridiche	Giureprudenza
della Città	av. la nas. di Cr.			
526	228	. . . .	*Lex Titia? Lex Scantinia ?*	
527	227	Il numero de' Pretori si accresce di quattro.		
536	218	. . . .	*Lex Claudia.*	
537	217	. . . .	*Lex Flaminia minus solvendi.*	
538	216	Istituzione de' *Triumviri mensarii.*	*Lex Minucia.*	
539	215	. . . .	*Lex Oppia.*	
544	210	*I trientabula.*		
550	204	. . . .	*Lex Cincia de donis et muneribus.*	
556	198	. . . .	. . . . . .	Sesto Elio Peto denominato *Catus* (lo scaltro) *Ius Aelianum.*
557	197	Il numero de' Pretori giunge a sei.	Tre *Leges Porciae. Lex Atinia?*	
559	195	. . . .	Abolizione della *Lex Oppia.*	M. Porcio Catone detto *Censorius.*
561	193	. . . .	*L. Sempronia de fenore.*	
563	191	. . . .	. . . . . .	P. Cornelio Scipione Nasica.
565	189	. . . .	*Lex Atilia.*	
567	187	. . . .	*Lex Petillia de pecunia Regis Antiochi.*	
568	186	. . . .	*Lex Plaetoria* (562?)	
571	183	. . . .	*Lex Furia testamentaria? Lex Fabia de plagiariis?*	
573	181	. . . .	*Lex Orchia? Lex Cornelia* e *Lex Baebia de ambitu.*	

Anno		Storia dello Stato	Fonti giuridiche	Giurisprudenza
della Città	av. la nas. di Cr.			
574	180	. . . .	*Lex Villia.*	
577	177	. . . .	*Lex Claudia.*	
582	172	. . . .	*Lex Hostilia.*	
585	169	. . . .	*Lex Voconia testamentaria*	
587	167	. . . .	*Lex Aemilia.*	
589	165	. . . .	*Lex Mamilia* (515, 643?)	
593	161	. . . .	*Lex Fannia.*	
595	159	. . . .	*Lex Cornelia Fulvia de ambitu.*	
598	156	. . . .	*Lex Aelia-Lex Fufia.*	
601	153	. . . .	. . . . . .	M. Porcio Catone Liciniano muore (*Regula Catoniana*).
605	149	Istituzione della prima *Quaestio perpetua.*	*Lex Calpurnia de repetundis.*	M. Manilio. *Manilii actiones*, *Manilianae venalium vendendorum Leges.*
608	146	Cartagine cade.	*Lex Mummia.*	
611	143	. . . .	*Lex Didia.*	
615	139	. . . .	*Lex Gabinia.*	
617	137	. . . .	*Lex Cassia.*	
620—633	134—121	Sollevazione de' Gracchi.		
621	133	. . . .	*Leges Semproniae.*	P. Mucio Scevola. M. Junio Bruto. P. Licinio Crasso Muciano il ricco.
622	132	. . . .	. . . . . .	
623	131	. . . .	*Lex Papiria tabellaria. Lex Rupilia. Lex Pinaria tribunicia?*	
628	126	. . . .	*Lex Iunia.*	
629	125	. . . .	*Lex Fulvia.*	
631	123	. . . .	*Leges Semproniae. Lex Rubria e Baebia* (632?)	

Anno della Città	Anno av. la nas. di Cr.	Storia dello Stato	Fonti Giuridiche	Giureprudenza
632	122	. . . .	*Leges Liviae, Semproniae, Octaviae.*	
634	120	. . . .	*Lex Octavia.*	
635	119	. . . .	*Lex Thoria.*	
637	117	. . . .	. . . . . .	Quinto Mucio Scevola, Augure, Console.
639	115	. . . .	*Lex Aemilia (M. Scauri).*	
641	113	. . . .	*Lex Peducaea de incestu.*	
643	111	. . . .	*Lex agraria.*	
647	107	. . . .	*Lex Caelia.*	
648	106	. . . .	*Lex Servilia* del *Qu. Caepio*	
649	105	. . . .	. . . . . .	P. Rutilio Rufo, come tribuno, autore della *lex Rutilia;* come pretore, autore della *constitutio* e *formula Rutiliana.*
650	104	. . . .	*Lex Domitia. Lex Marcia? Lex Servilia Glaucia* (654?)	
651	103	. . . .	*Lex Licinia.*	
653	101	. . . .	*Lex Appuleia de maiestate minuta.*	
654	100	. . . .	*Leges Appuleiae.*	
655	99	. . . .	*Lex Titia.*	
656	98	. . . .	*Lex Caecilia Didia.*	
659	95	. . . .	*Lex Licinia Mucia.*	Q. Mucio Scevola figlio del primo Console. (*Cautio* e *Praesumptio Muciana*).
663	91	Senatori e Cavalieri occupano i Collegi de'Giudici. Guerra de' confederati.	*Leges Liviae. Lex Varia maiest.*	
664	90	Latini, Etruschi e tutti gl' itali alleati conseguono la cittadinanza eccetto i Sanniti ed i Lucani.	*Lex Iulia, Lex Plautia Papiria.*	
665	89	. . . .	*Lex Pompeja. Lex Sulpicia. Lex Plotia. Lex Cornelia et Pompeia unciaria.*	

Anno della Città	Anno av. la nas. di Cr.	Storia dello Stato	Fonti giuridiche	Giureprudenza
666—668	88—86	Prima guerra civile, Mario e Silla.		
666	88	. . . . .	*Leges Sulpiciae. Lex Pompeia* e *Lex Cornelia* (*de sponsu*)	
668	86	. . . . .	*Lex Valeria.*	
671—674	83—80	. . . . .	*Lex Cornelia de rep., de sic. et veneficiis, testamentaria, numaria, de falsis.*	
672	82	*Silla dictator perpetuus.*	*Lex Valeria.*	
673	81	. . . . .	*Leges Corneliae* (*de civitate, agraria, maiestatis, iudiciaria, de' iniuriis? etc.*)	
674—694	80—60	Potestà di Pompeio.		
676	78	. . . . .	*SC. Lutatianum.* Rogazione di *M. Lepido.*	
678	76	. . . . .	*Lex Cornelia.*	
679	75	. . . . .	*Lex Aurelia.*	
681	73	. . . . .	*Lex Terentia Cassia.*	
682	72	. . . . .	*Lex Gellia Cornelia. Lex Antonia o Fundania.*	
684	70	. . . . .	*Lex Pompeia tribunicia. Lex Aurelia iudiciaria.*	
687	67	. . . . .	*Leges Corneliae. Lex Manilia. Lex Roscia. Lex Calpurnia de ambitu. Lex Gabinia.*	
688	66	. . . . .	. . . .	C. Aquilio Gallo, discepolo di Quinto Muc. Scevola, Pretore (*Formula de dolo, Stipulatio Aquiliana, Postumi Aquiliani*).
689	65	. . . . .	*Lex Papia.*	

Anno		Storia dello Stato	Fonti giuridiche	Giureprudenza
della Città	av. la nas. di Cr.			
690	64	. . . . .	*Lex Servilia agraria.*	
691	63	M. Tullio Cicerone, Console.	*Lex Licinia Iunia. Lex Atia. Lex Pompeia. Lex Tullia de ambitu. Lex Plautia* o *Plotia de vi.*	
693	61	. . . . .	*Lex Aufidia* di *M. Aufidio Lurcone.*	
694	60	Primo Triumvirato-Cesare, Pompeo, Grasso.	*Lex Flavia.*	
695	59	. . . . .	*Leges Iuliae. Lex Vatinia. Lex Iulia (Campana). Lex Iulia de repetundis. Lex Fufia Caleni.*	
696	58	. . . . .	*Leges Clodiae.*	
699	55	. . . . .	*Lex Pompeia iudiciaria. Lex Pompeia de parricidiis? Lex Licinia de sodaliciis. Lex Pompeia (ambitus).*	
702	52	. . . . .	*Lex Caecilia. Lex Pompeia de vi, de ambitu, de iure magistratuum.*	
703	51	. . . . .	. . . .	Servio Sulpicio Rufo, Console, discepolo di Balbo Lucilio e Aquilio Gallo. Discepoli di lui: Aulo Ofilio e Alfeno Varo detto *Catus.*
704	50	. . . . .	*Lex Scribonia (alimentaria).*	
705	49	La *Gallia cisalpina* consegue la cittadinanza.	*Leges Iuliae. Lex Rubria? Lex Iulia de pecuniis mutuis (de modo credendi possidendique intra Italiam).*	
707	47	. . . . .	. . . .	Q. Elio Tuberone.
708	46	. . . . .	*Leges Iuliae de collegiis, de maiestate, de vi.*	

Anno		Storia dello Stato	Fonti Giuridiche	Giureprudenza
della Città	av. la nas. di Cr.			
709	45	Giulio Cesare *dictator perpetuus*. Aumento del numero de' Pretori.	*Lex Iulia municipalis*.	
710	44	Morte di Cesare-Bruto e Cassio.	*Lex Antonia*.	
711	43	Secondo triumvirato. Antonio, Ottaviano, Lepido. Morte di Cicerone.	La *Lex Antonia* è abolita.	
712	42	La battaglia di Filippi.		
714	40	. . . . .	*Lex Falcidia*.	
720	34	. . . . .	*Lex Scribonia?*	
723	31	La battaglia di Azio. Ottaviano vince Antonio, e consegue la suprema potestà.	. . . .	C. Trebazio Testa, discepolo di Q. Cornelio Massimo. Aulo Cascellio, discepolo di Q. Mucio e di un Volusio o Volcazio. *Iudicium Cascellianum ?*
724	30	L'Egitto diviene provincia romana.	. . . .	

TERZO PERIODO.

Imperatori pagani: 725 —1077 dalla Città; 29 pria di Cristo sino al 324 dell' Era Volgare.

Anno		Storia dello Stato	Fonti Giuridiche	Giureprudenza
della Città	pria e d. di Cristo			
725—767	29 prima, e 14 dopo di Cristo.	Caio Giulio Cesare Ottaviano, Augusto.		
726	28	. . . . .	*Lex Saenia*.	
727	27	. . . . .	*Lex Regia* o *Lex imperii*.	Augusto autorizza al *respondere*.

Anno della Città	Anno prima e d. di Cristo	Storia dello Stato	Fonti giuridiche	Giureprudenza
729	25	Istituzione del *Praefectus urbi.*	*Leges Iuliae Augusti iudiciariae publicorum et privatorum iudiciorum? Lex Iulia de cessione bonorum.*	
731—741	23—13	Augusto consegue la *potestas tribunicia* e *proconsularis* per sempre, e gradatamente le altre dignità.		
731	23	. . . . .	*Lex Pompeia* (741?)	
736	18	. . . . .	*Lex Iulia Augusti de adulteriis et de pudicitia, ambitus.*	
737	17	. . . . .	*Leges Iuliae Augusti. SC. de ludis saecularibus.*	
745	9	. . . . .	*Lex Quinctia.*	
746	8	. . . . .	*Lex Iulia peculatus, de sacrilegis, de residuis, de annona.*	
747	7	. . . . .	. . . .	C. Elio Gallo (visse più tardi?)
748	6	Istituzione del *Praefectus praetorio.*		
753	1	Nascita di Cristo.		
757	4 dopo Cristo		*Lex Aelia Sentia. Lex Iulia de maritandis ordinibus.*	
759	6	Istituzione de' *Praefecti annonae et vigilum.* Introduzione di eserciti stanziali. Formazione di un erario militare.	*Leges Iuliae Augusti. Lex Iulia vicesimaria.*	C. A. Capitone, capo della *secta Sabinianorum* avversario di O. M. A. Labeone capo della *Secta Proculianorum*, discepolo di Trebazio e di più altri. Fabio Mela seguace e coevo forse di Labeone.
761	8	. . . . .	*Lex Furia Caninia.*	
762	9	. . . . .	*Lex Papia Poppaea.*	

Anno della Città	Anno dalla n. di Cristo	Storia dello Stato	Fonti giuridiche	Giureprudenza
763	10	. . . . .	*Lex Iunia Velleia?* (799) *SC. Silanianum.*	
764	11	. . . . .	*SC. Aemilianum.*	
767—790	14—37	Tiberio Claudio Nerone imperatore.		
767	14	Il senato sceglie i Magistrati.	. . . .	Masurio Sabino
769	16	. . . . .	*SC. Libonianum.*	
772	19	. . . . .	*Lex Iunia Iunia (Norbana).* SC. su i matrimonî.	
773	20	. . . . .	*SC. Messalianum.*	
775	22	. . . . .	SC.tu sul dritto di asilo.	M. Cocceio Nerva, Proculeano, Console; muore nel 776.
776	23	. . . . .	*Lex Tiberii.*	
777	24	. . . . .	*Lex Visellia.*	
780	27	. . . . .	*SC. Licinianum.*	
782	29	. . . . .	*SC. Geminianum.*	
783	30	. . . . .	. . . .	C. Cassio Longino, Console, discepolo di Sabino e, dopo di lui, capo della Scuola.
787	34	. . . . .	*SC. Persicianum.*	
790—794	37—41	C. Cesare Caligola Imper.		
794—807	41—54	Tiberio Claudio Cesare Imper.	*Lex Claudia de tutela mulierum.* Editti contro le Intercessioni, lo inscrivere ne' testamenti ed altri.	Sempronio Proculo capo della scuola capitanata da Labeone.
794	41	Instituzione de' due *Praetores fideicommissarii.*		
795	42	. . . . .	*SC. Largianum.*	
797	44	18 Pretori in Roma.		
799	46	. . . . .	*SC. Velleianum.*	

Anno della Città	Anno dalla n. di Cristo	Storia dello Stato	Fonti giuridiche	Giureprudenza
800	47	. . . . .	*SC. Claudianum. SC. Macedonianum.*	
801	48	. . . . .	*SC. Hosidianum.*	
802	49	. . . . .	*SC. Claudianum* (matrimonî).	
805	52	. . . . .	*SC. Claudianum* (matrimonî de' servi)	
806	53	. . . . .	SC. sull'autorità delle pronunziazioni de' *Procuratores Caesaris.*	
807—821	54—68	Nerone Claudio Cesare Imper.	*SC.*ª per le falsità de' testamenti.	
808	55	. . . . .	*SC.* sotto Nerone (sul *Palmarium*).	
809	56	. . . . .	*SC. Volusianum.*	
810	57	. . . . .	*SC. Neronianum* o *Pisonianum.*	
814	61	. . . . .	*Lex Petronia? SC. Calvisianum. SC. Turpilianum.*	
815	62	. . . . .	*SC. Trebellianum.*	
816	63	. . . . .	*SC. Memmianum. SC. Neronianum.*	
818	65	. . . . .	. . . .	Marco Cocceio Nerva, figlio del precedente, Proculeano, padre dello Imperatore dello stesso nome.
821—822	68—69	Servio Sulpicio Galba Imp.		
822	69	M. Salvio Ottone Imp.	. . . .	Celio Sabino, console, sabiniano.
822	69	A. Vitellio Imperatore.		
822—832	69—79	Tito Flavio Vespasiano Imp.		
823	70	. . . . .	*Lex de imperio Vespasiani.*	
828	75	. . . . .	*SC. Pegasianum.*	Pegaso, console, proculeano.

Anno della Città	Anno dalla n. di Cristo	Storia dello Stato	Fonti giuridiche	Giureprudenza
829	76	. . . . .	*SC. Plancianum?*	
832—834	79—81	Tito Flavio Vespasiano Imp.	. . . .	Iuvenzio Celso, il padre, proculeano, capo di questa scuola.
834	81	. . . . .	*SC. Iunianum. (Vivianum, Ninianum?* (837?)	
834—849	81—96	Tito Flavio Domiziano Imp.		
835—837	82—84	. . . . .	*Lex (Flavia) de Salpensanis* e *de Malacitanis.*	
849	96	Istituzione del *Praetor fiscalis.*		
849—851	96—98	M. Cocceo Nerva Imperatore.		
851	98	. . . . .	SC. sulla tortura degli schiavi sebbene manomessi con atto tra vivi.	
851—870	98—117	M. Ulpiano Traiano Imp.		
854	101	. . . . .	*SC. Rubrianum, Dasumianum, Articuleianum.*	P. Iuvenzio Celso il giovine, Proculeano.
867	114	. . . . .	. . . .	Prisco Nerazio Proculeano. Prisco Giavoleno, sabiniano.
868	115	. . . . .	*Lex Vectibulici.*	
870—891	117—138	Publio Elio Adriano Imper.	*SC. Vitrasianum.*	
876	123	. . . . .	*SC. Apronianum* (870?)	Aburio Valente uno de' capi Sabiniani, e con lui Tusciano seguace di Giavoleno.
882	129	. . . . .	*SC. Iuventianum.*	

Anno		Storia dello Stato	Fonti giuridiche	Giurisprudenza
della Città	dalla n. di Cristo			
884	131	. . . . .	*Edictum Divi Hadriani.*	Salvio Giuliano, Sabiniano, suoi seguaci: Sesto Cecilio Africano, Vinidio Vero, Terenzio Clemente, Giunio Mauriciano, Claudio Saturnino, L. Volusio Meciano (maestro e consigliere di M. Aurelio).
887	134	Adriano pon fine alle persecuzioni de'Cristiani.		
891—914	138—161	Tito Elio Antonino Pio Imp.		
911	158	. . . . .	*SC. Tertullianum* (o prima?)	Sesto Pomponio Sabiniano.
914—922	161—169	Marco Aurelio Antonino filosofo Imp. col suo fratello Lucio Aurelio Antonino Vero *Divi fratres.*		
921	168	. . . . .	*Oratio* di M. Aurelio.	
922—930	169—177	M. Aurelio imp. solo, e col figlio	. . . . .	Gaio ultimo seguace di Sabino e Cassio. *Institutionum commentarii.* L. Ulpio Marcello e Q. Cervidio Scevola.
930—933	177—180	L. Aurelio Commodo imp. il quale		
931	178	. . . . .	*SC. Orfitianum* su di una *Oratio* di M. Aurelio e Commodo.	
933—945	180—192	solo governa.	*SC. Iuncianum.*	
945—946	192—193	P. Elvio Pertinace Imp. (non 3 mesi).		
946	193	M. Didio Giuliano Imper. (28 Marzo sino al 1° Giugno).	*Oratio Pertinacis* su i testam. *Literae Rationalium.*	
946—964	193—211	Lucio Settimio Severo Pertinace Imp. e		

Anno della Città	dalla n. di Cristo	Storia dello Stato	Fonti giuridiche	Giureprudenza
948	195	. . . .	*SC. ad Orationem Divi Severi* sulla tutela.	
946—951	193—198	solo; poi		
951—964	198—211	con suo figlio Marco Aurelio Antonino Caracalla Bassiano Imperatore.		
959	206	. . . .	*Orationes Severi et Antonini.*	Emilio Papiniano.
960	207	Tertulliano, verosimilmente il padre della Chiesa.		
964	211	. . . .	. . . . . .	Claudio Trifonino e Callistrato Arrio, Menandro, Rutilio Massimo, Venuleio Saturnino, Licinio Rufo, Furio Antiano.
968	215	. . . .	Le *Quaestiones Perpetuae* non più esistono. La giurisdizione criminale passa ai *Praefecti urbi*	
965—970	212—217	Caracalla Imp. solo poscia che uccise suo fratello *Geta* già pure con lui Imperatore. Generale concessione della cittadinanza.		
965	212	. . . .	. . . . . .	Papiniano è ucciso d'ordine di Caracalla.
970—971	217—218	M. Opilio Macrino Imp.; poi nomina suo figlio Antonino Diadumeniano anche Imperatore.		
971—975	218—222	M. Aurelio Antonino Eliogabalo imper.		
975—988	222—235	M. Aurelio Severo Alessandro Imp. Istituzione di un *Consilium Praefectorum urbi.*	Cooperazione del *Consilium Principis* nella compilazione delle leggi. Riservato riconoscimento degli ordini del *Praefectus Praetorio*, delle così dette *formae*, τύποι, ὑπαρχικὰ o ἐπαρχικά.	
988—991	235—238	C. Giulio Vero Massimino Imperatore.		Domizio Ulpiano (ucciso nel 228 dalla nascita di Cristo) Giulio Paolo, Elio, Marciano, Emilio Macro, fiorentino? Giulio Aquilia (o più tardi?)
991	238	M. Antonio Gordiano I e II Imp. (padre e figlio). Lui morto, Massimo Pupieno e Clodio Balbino imp.		
991—997	238—244	M. Antonio Gordiano III Imperatore.		

Anno		Storia dello Stato	Fonti Giuridiche	Giureprudenza
della Città	dopo la n. di Cr.			
992	239	. . . .	SC. sovra il lutto vedovile.	
995	224	. . . .	*Decretum Peltuinorum.*	
997—1002	244—249	M. G. Filippo (arabo) Imp. dal 247 con suo figlio di simil nome.		
1000	247	Feste secolari di Roma		
1002—1004	249—251	C. Messio Quinto Trajano Decio Imp.		
	250	Persecuzioni de' Cristiani.		
	251—253	C. Vibio Triboniano Gallo Imp. con suo figlio C. Vibio Volusiano e con Ostiliano Perperna.		
	253	C. Giulio Emiliano Pio Imp. (solo pochi mesi).		
	253—260	P. Licinio Cornelio Valeriano Imp. dal 254 con suo figlio P. Licinio Gallieno. Il tempo de' 30 tiranni incomincia.		
	260—268	P. Licinio Gallieno Imperatore solo.		
	268—270	C. M. Aurelio Claudio Imp. respinge i barbari che irrompono.		
	270—275	L. Domizio Aureliano Imperatore.		
	275—276	M. Claudio Tacito Imperatore		
	276	con suo frat. M. Annio Floriano Imp.		
	276—282	M. Aurelio Valerio Probo Imp.		
	282—283	M. Aurelio Caro Imp. coi suoi figli M. Aurelio Carino e M. A. Numeriano.		
	283—284	Solo i due ultimi.		
	284—305	C. Aurelio Valerio Diocleziano Imp. Dal 286 insieme con M. Aurelio Valerio Massimiano (Erculio). Riforme in tutt'i rami dell'Amministrazione, Finanze, Tribunali, Milizia, Polizia. Divisione dell'impero e del governo tra due *Augusti* e due *Cesari*.		
	301	. . . .		*Edictum Diocletiani, Maximiani, Constantii, Galerii ad provinciales de pretiis rerum venalium.*
	305—306	Flavio Valerio Costanzio Cloro e C. Galerio Massimiano Imperatori. L' ultimo		

dopo la n. di Cr.	Storia dello Stato	Fonti giuridiche	Giureprudenza
306—307	insieme con Flavio Valerio Severo. Flavio Valerio Costantino figlio di Costanzio, eletto imperatore dopo la morte del padre, vien da Galerio riconosciuto solo come *Caesar*. Morto		
307	Severo, Publio Valerio Licinio è da Galerio associato all' impero; a Costantino e Galerio Massimino *(Daza)* è conferito il titolo di *Filii Augustorum*. I due ultimi sono		
308	dal 308 riconosciuti da Galerio come *Augusti*, e regnano con lui e Licinio (per qualche tempo anche Masenzio) sino all'anno 311, in cui	*Codex Gregorianus*, raccolta di Costituzioni.	Gregoriano, indubitatamente giurista nel Concistoro imperiale.
311	Galerio muore.		
314	. . . .	*Edictum Constantini* sul dritto di accusa.	
	Dopo la morte di Massimino imperano insieme Costantino e Licinio sino al 324; il primo in occidente, il secondo in oriente. Essi elevano il Cristianesimo a religione dello Stato, e troncano dalle radici la potenza de' pretoriani.	*Edictum Mediolanense*.	
321	. . . .	. . . . . Importanti Costituzioni.	Costantino toglie ogni virtù obbligatoria alle note di Ulpiano, Paolo e Marciano su gli scritti di Papiniano, e dà solo autorità a que' di Paolo, e specialmente alle sue *Sentenze*. Già le tracce della giurisdizione sacerdotale si manifestano.

QUARTO PERIODO

Imperatori Cristiani sino a Giustiniano: 324-365 dopo Cristo.

dopo la n. di Cr.	Storia dello Stato	Fonti giuridiche	Giureprudenza
324—337	Costantino il grande unico imperatore.		
325	Primo Sinodo ecumenico di Nicea. *Symbolum Nicaenum.* Gli Ariani. Nnvazioni nella milizia. Godimento del dritto civile agli *orthodoxi* rimpetto agli *haeretici.* Cnnventi, nrfanotrofii.		
324—337		*Edicta Constantini.*	
330	Trasferimento della metrnpnli da Rnma in Costantinopnli (*Nnva Roma).* L'impero è diviso in quattro *Praefecturae,* queste in *dioeceses*, e poi di nuovn in *provinciae.* Ufficî di cnrte.		
337	Costantino ha il battesimo sul letto di morte.		Aurelin Arcadin Carisin, *magister libellorum.*
337—340	Costantinn II, Costanzio, Costante Imper. Ucciso il primo, restano		
340—350	Costanzio e Costante imperatori.		
350—361	Costanzin solo supremo imperante dopo la disfatta de' suni avversarî imperatori Magnenzin, Nepnziann e Vetranione.		
360	Istituzinne di un *Praefectus urbi* per Costantinopnli.		
360—363	Flavio Claudin Giuliann (*Apostata).* Ritnrnn al paganesimn, e soppressione di tutti gl'istituti cristiani.		
362	. . . .	*Edictum Juliani* su i *judices pedanei.*	
363—364	Flavio Gioviano Imp. Restaurazione della religione cristiaua.		
364	L'imperatnre Valentiniann divide l'impero col sun fratelln Valente. Quindi		

dopo la n. di Cr.	Storia dello Stato		Fonti giuridiche	Giurisprudenza
	Occidente	Oriente		
364—375	Flavio Valentiniano I.° solo sino al 367, poi insieme			
364—378		Flavio Valente fratello di Valentiniano I.		
365	. . . . . .	. . . . . .	Ermogeniano. Di lui il *Codex Hermogenianus.*	
367—375	con suo figlio Flavio Graziano.			
375—383	Lo stesso Flavio Graziano e suo fratello Flavio Valentiniano II.			
375	Comincia l'emigrazione de' popoli.			
378		Valente è vinto da' Visigoti presso Adrianopoli.		
379—395		Flavio Teodosio I.		
381		Secondo Sinodo Ecumenico di Costantinopoli.		
383—392	Flavio Valentiniano solo.	Teodosio I.° col suo figlio Flavio Arcadio.		
389	Precetto del celibato pe' preti.			
392—395	Teodosio I.° il grande riunisce di nuovo l'oriente e l'occidente, e governa coi suoi figli Flavio Arcàdio e Flavio Onorio (393) sino alla sua morte (395). I Goti son vinti da lui. Nuovi provvedimenti di amministrazione.			
	Divisione dell'impero tra Onorio ed Arcadio, entrambi figliuoli di Teodosio.			

dopo la n. di Cr.	Storia dello Stato		Fonti giuridiche	Giureprudenza
	Occidente	Oriente		
395—423	Flavio Onorio.			
395—408		Flavio Arcadio dal 402 in poi con suo figlio Teodosio II.		
400	. . . . . . Frequenti irruzioni di popoli stranieri.	. . . . . .	*Notitia dignitatum et Administrationum omnium tam civilium quam militarium in partibus Orientis et Occidentis.*	
408—450		Flavio Teodosio II. solo.		
410	Alarico, Re de' Visigoti in Roma.	. . . . . .	. . . . . .	Teodosio II fonda la scuola di dritto costantinopolitana.
414	L'impero de' Burgundi è fondato.			
418	. . . . . .	. . . . . .	*Edictum Honorii et Theodosii II de Consiliis Arelatensibus.*	
419	Formazione dell' impero de' Visigoti.			
423—425	Giovanni (Tiranno).			
425	. . . . . .	. . . . . .	. . . . . .	Regolamento sul metodo di insegnare per la *Schola Constantinopolitana.*
425—455	Flavio Placido Valentiniano III. (figliuolo di Costanzio, fanciullo di sei anni).			
426	. . . . . .	. . . . . .	La così detta legge di citazione di Teodosio II e Valentiniano III.	
429	Principî dell' impero de' Vandali nell'Africa settentrionale		La più antica codificazione del dritto cristiano romano per Teodosio II e Valentiniano III	
431		Terzo Sinodo ecumenico di Efeso.		
436	. . . . . .	. . . . . .	*Fragmenta Vaticana (?) La Collatio Legum Mosaicarum et romanarum (?)*	

dopo la n. di Cr.	Storia dello Stato		Fonti giuridiche	Giurisprudenza
	Occidente	Oriente		
438	. . . . . .	. . . . . .	Compimento del *Codex Theodosianus* obbligatorio dal 1 Gennaio 439.	
438—450	. . . . . .	. . . . . .	Principio delle *Novellae leges Theodosianae et Postheodosianae*. Consultatio (*veteris Icti de pactis*).	
450—457		Flavio Marciano.		
451		Quarto Sinodo ecumenico di Calcedonia.		
455	Petronio Massimo. Dopo tre mesi			
455—456	Mecilio Avito.			
457—474		Flavio Leone I.		
457—461	Flavio Giulio Valerio Maioriano.			
461—465	F. Libio Severo.			
465—467	L'Impero d'occidente è vacante.			
467—472	Flavio Procopio Antemio, suocero di Marciano.			
468	. . . . . .	. . . . . .	Le *Novellae Theodosianae* e *Postheodosianae* finiscono.	
472—473	Anicio Olibrio.			
473—474	Glicerio.			
474		Flavio Leone II, nipote del precedente già nel 473 nominato con lui imperatore, impera pochi mesi; dopo che suo padre Zenone era già associato all'impero.		
474—475	Giulio Nepote.			
474—491		Flavio Zenone; nondimeno suo fratello		
475—477		Basilisco si era impossessato dell'impero.		

dopo la n. di Cr.	Storia dello Stato		Fonti giuridiche	Giureprudenza
	Occidente	Oriente		
475—476	Romolo Augustolo è cacciato in esilio da Odoacre, duce degli Eruli e de' Rugi—Caduta dello imp. rom. d'occidente.			
376—493	Odoacre.			
482	. . . . . .	. . . . . .	. . . . . .	Nascita di Giustiniano (Uprauda) da genitori slavi.
491—518		Flavio Anastasio. Agitazioni.		
493	Fondazione del regno ostrogoto in Italia per Teodorico re degli Ostrogoti e vincitore di Odoacre.			
500	. . . . . .	. . . . . .	*Edictum Theodorici, Regis Ostrogothorum.*	
506	. . . . . .	. . . . . .	*Lex romana Visigothorum* (*Breviarium Alaricianum* (*Aniani*) composto per ordine di Alarico II.	
517	. . . . . .	. . . . . .	*Lex Romana Burgundionum (Papiani)* del Re Sigismondo? 472 del Re Guidobaldo.	
518—527		Flavio Anicio Giustino I.		
527—565		F. An. Giustiniano, suo nipote; fu associato allo impero (1° apr.); divenne imp. il 1° agosto dello stesso anno.		
528	. . . . . .	. . . . . .	Nel 13 febbraio si nominò una commissione di 10 membri per compilare il vecchio *Codex* (secondo la *Const. Haec quae necessario*) Giovanni-Triboniano.	
529	. . . . . .	. . . . . .	Nel 7 aprile fu pubblicato cotesto lavoro da aver forza di legge dal 16 aprile 529 per mezzo della *Const. Summa reipubl.*	

dopo la n. di Cr.	Storia dello Stato	Fonti giuridiche	Giureprudenza
		Già vien dato un gran numero di decisioni — Triboniano è nominato *Quaestor sacri palatii*.	
530—534	. . . . . .	Molte risoluzioni di Giustiniano sul *jus controversum* e semplificazioni del *jus receptum*.	
530	. . . . . .	Nel 15 Dicembre Triboniano vien incaricato della formazione di una Commissione per la compilazione delle Pandette mediante la *Const. Deo auctore*. Lavoro compiuto in tre anni.	
532	Disordini in Costantinopoli.		
531	Il regno de' Vandali in Africa vien distrutto da Belisario.	Nel 21 Novembre si pubblicano le *Institutiones*, della cui compilazione erano stati incaricati Triboniano, Teofilo e Doroteo mediante la *Const. Imperatoriam*, e da avere virtù obbligatoria dal 30 dicembre 533.	
533		Nel 16 Dicembre si pubblicano le Pandette con virtù obbligatoria dal 30 Dicembre 533 con la *Const. Tanta* e Δέδωκεν, e *Const. Omnem* dirette al senato di Costantinopoli. Nuovi ordinamenti di studi.	
534	. . . . . .	Triboniano, Doroteo, Menagio, Costantino e Giovanni sono incaricati di una revisione *(repetita praelectio)* dell'antico *Codex* e di aggregarvi le costituzioni ultimamente pubblicate. Nel 16 novembre questo *Codex repetitae praelectionis* fu pubblicato per mezzo della *Const. Cordi Nobis*, da avere esclusiva virtù obbligatoria dal 29 Dicembre 534 e ponendo in disparte il primo *Codex*.	
534—536	Roma è tolta da Belisario agli Ostrogoti.	. . . .	Teofilo antecessore in Costantinopoli. La sua *Paraphrasis graeca Institutionum*
535—565	. . . . . .	*Novellae Constitutiones Justiniani*. Una raccolta officiale, sebbene promessa, non viene eseguita; solo se ne fanno tre raccolte private.	
544	. . . . . .	Giustiniano proibisce a' giudici la *Consultatio* nelle cose giuridiche.	
546	Roma è saccheggiata da Totila.		Intorno a questo tempo Stefano è *antecessor* in Costantinopoli, e Doroteo *antecessor* in Berito.
552	Totila è ucciso da Narsete.		

dopo la n. di Cr.	Storia dello Stato	Fonti Giuridiche	Giureprudenza
551	. . . . .	. . . . .	La scuola di dritto io Berito vieo distrutta da uo terremoto.
554	Il regno degli Ostrogoti è distrutto da Narsete.	. . . . .	Giustiniano cooferma la scuola giuridica romana ed introduce il suo ordinameoto circa gli studî del dritto. Anche io Ravenna e Pavia si aprooo scuole di dritto; io quest'ultima città eziandio pel giure romano e longobardo.
556	. . . . .	*Epitome Juliani*, raccolta privata di 125 novelle giustinianee.	
			In questo tempo vivono Cirillo, Teodoro di Ermopoli, Filosseno, Simbazio, Isidoro, Aoatolio, Taleleo, Cobida, Giuliaoo, Foca. Ancora
565	Giustiniano muore vecchio di 83 anni.		Attanasio Giovanoi, Patriarca di Costantinopoli. Le sue *Collectiones* e *Nomocanon*.

L'età dopo Giustiniano

dopo la n. di Cr.	Storia dello Stato	Fonti Giuridiche	Giureprudenza
565—578	Giustino II.	Privata raccolta greca di 168 oovelle giustinianee (o più tardi?) Iodi una terza raccolta di altre 134, dette oel medio evo *Authenticum* o *Liber authenticorum*.	
578—582	Tiberio.		
582—602	Mauricio.		
602—610	Foca.		
610—641	Eraclio.		
630	Maometto.		
641	Costautioo III è ucciso da Eracleona.		
	Costante sino al 668.		
668—685	Costaotino IV Pogonato.		
680—692	Coosigli ecclesiastici in Costantinopoli.		
685—695	Giustioiano II vien detronizzato.		
695—698	Leonzio perde il trono.		
698—705	Tiberio III.		

dopo la n. di Cr.	Storia dello Stato	Fonti Giuridiche	Giurisprudenza
705—711	Giustiniano II dopo che riacquista il trono per mezzo de' Bulgari.		
711—713	Filippico.		
713—716	Anastasio II.		
716—717	Teodosio III.		
717—741	Leone III, Iconomaco, Isauro.		
740	. . . .	Εκλογὴ τῶν νόμων ἐν συντόμῳ γενομένη.	
741—775	Costantino V, Copronimo.		
752	Conquista dell'Esarcato di Ravenna per Aistulfo.		
775—780	Leone IV, Porfirogenito.		
780—797	Costantino VI, Porfirogenito. Irene madre e tutrice.		
797—802	Irene sola. Lei espulsa,		
802—811	Niceforo.		
811—813	Michele I.		
813—820	Leone V, Armenio.		
820—829	Michele II, Balbo.		
829—842	Teofilo.		
842—867	Michele III, dapprima sino all'857 sotto la tutela di sua madre Teodora, poi sino all'860 sotto quella di Barda; finalmente		
860—867	indipendente e solo.		
867—886	Basilio Macedone		
868—879	con i suoi figli Costantino e		
870—886	Leone (*sapiens*, *philosophus*).	. . . . .	*Summa Perusina?*
870—878	. . . .	Πρόχειρον, anche Εγχειρίδιον, Πρόχειρος νόμος.	
883	. . . .	Ανακάθαρσις τῶν παλαιῶν νόμων di Basilio.	*Nomocanon* di Fozio.

dopo la n. di Cr.	Storia dello Stato	Fonti giuridiche	Giureprudenza
884—886	. . . .	Ἐπαναγωγὴ τοῦ νόμου date fuori dagli imperatori Basilio, Leone ed Alessandro.	
886—910	Leone solo impera.	Il dritto dell'imperatore Leone, ὁ βασιλικός, anche τὰ βασιλικά.	
887—891	. . . .	Raccolta di 13 e più	
910	Costantino VIII, Porfirogenito; ancora fanciullo.	Novelle di Leone.	
911	Alessandro vien eletto successore da suo fratello Leone e regna 13 mesi.		
912—919	Costantino VIII, Porfirogenito, ma sotto tutela; poi vien espulso da		
919—944	Romano I Lacapeno e da'suoi figli; poi, cacciato l'usurpatore, riacquista il trono.		
920	. . . .	Εκλογὴ νόμων τῶν ἐν ἐπιτόμῳ ἐκτεθειμένων.	
944—959	Costantino VIII. Associa all'impero suo figlio Romano II.		
959—963	Romano II dopo la uccisione di suo padre.		
963—969	Niceforo Foca.		
969	. . . .	Εκλογὴ καὶ σύνοφις τῶν βαβιλικῶν ξ βιβλίων σὺν παραπομπαῖς κατα στοιχεῖον, la così detta *Synopsis major*.	
1000	. . . .	. . . .	*Quaestiones ac monita* per le leggi lombarde.
1024—1039	. . . .	. . . .	Formole e glosse alle leggi lombarde.

dopo la n. di Cr.	Storia dello Stato	Fonti giuridiche	Giureprudenza
1025	. . . .	. . . .	Eustazio Romano.
1027	. . . .	Legge di Corrado II sul dritto da osservarsi ne' tribunali romani.	
1028—1034	Romano III, Argiro.		
1034—1041	Michele IV, Paflagonio.		
1041—1045	Michele V, detto *Calafato*, nipote del precedente e dopo di essere stato adottato dalla imperatrice *Zoe*. Indi a poco Costantino IX appellato *Monomaco*, e disposatosi a Zoe nel dì 11 giugno 1042.		
1045—1056	Teodora.		
1056—1057	Michele VI, *Stratiotico*, cioè *guerriero*.		
1057—1059	Isacco Comneno.		
1059—1067	Costantino X, detto *Duca*.		
1067	Eudossia co' minori suoi figli.		
1068—1071	Romano IV, *Diogene*.		
1071—1078	Michele VII, *Duca*.		
1072	. . . .	*Πόνημα Μιχαηλ ανθυπατου, και κριτοῦ του Ατταλειατου.*	
1075	. . . .	. . . .	Pepone, professore nella più antica scuola di Bologna.
		Intorno a questo tempo comparisce *Πεῖρα ο Διδασκαλία ἐκ τῶν πράξεων τοῦ μεγάλου κυροῦ. Εὐσταθίου τοῦ-ῥωμαίου.*	
1078—1081	Niceforo Botaniate e come associato all' impero Costantino XI, *Duca*.		
1081—1118	Alessio Comneno.		
1096—1099	Prima Crociata.		
1100	. . . .	*Summa novellarum constitutionum Justiniani imperatoris*, il così detto *Brachylogus iuris civilis?*	

dopo la n. di Cr.	Storia dello Stato	Fonti giuridiche	Giurisprudenza
1100—1118	. . . .	. . . . .	Irnerio, maestro in Bologna *(Lucerna juris)*. Morto tra il 1128 e il 1150. Con lui s'apre la serie de' moderni interpetri del dritto romano. La scuola di Bologna oscura quella di Ravenna.
1118—1143	Giovanni Comneno.		
1143—1180	Manuello Comneno.		
1149—1170	. . . .	. . . . .	Vacario, *(Magister Vacarius)*. Ei reca dall'Italia la scienza del dritto in Inghilterra.
1154—1172	. . . .	. . . . .	Alderico — Guglielmo de Cabriano.
1162	. . . .	. . . . .	Rogerio, Giovanni Bassiano, entrambi discepoli di Bulgaro.
1165—1194	. . . .	. . . . .	Alberico de porta Ravennate.
1166	. . . .	. . . . .	Bulgaro *(os aureum*, discepolo d'Irnerio), Martino Gosia, Ugo.
1166—1200	. . . .	. . . . .	Oderico.
1169—1207	. . . .	. . . . .	Pillio, discepolo di Oderico.
1178	. . . . Intorno a questo tempo si hanno forse da collocare: *Petri exceptiones Legum Romanorum?*	. . . . .	Giacomo.
1180—1183	Alessio II Comneno, figliuolo del precedente.		
1183—1185	Andronico		
1185—1195	Isacco, detto l'*Angelo*.		
1191—1212	. . . .	. . . . .	Lotario di Cremona.
1192	. . . .	. . . . .	Piacentino e Rogerio di Benevento, Enr. de Baila.
1194	. . . .	. . . . .	Burgondio, pisano. Gli si attribuisce la traduzione de' frammenti greci delle *Pandette*.
1195—1203	Alessio III, detto l'*Angelo*, dopo la espulsione di suo fratello che vien cacciato in prigione.		
1198—1218	. . . .	. . . . .	Bandino.
1200	. . . .	. . . . .	Cipriano, Galgosio, Ottone, discepoli di Piacentino.
1203	Isacco e suo figlio Alessio IV l'*Angelo*, riacquista il trono per mezzo di un esercito di Crociati composto di veneti e francesi.		

dopo la n. di Cr.	Storia dello Stato	Fonti giuridiche	Giureprudenza
1204	Alessio V, sopran-nominato *Ducas Murtzuflo*, occupa il trono. Cominciò il suo regno con una guerra contro i Veneziani e i Crociati assedianti Costantinopoli, che vien presa e saccheggiata.		
1204—1261	Così fondasi un impero latino in Costantinopoli:		
1222—1255	. . . .	Νόμιμον κάτα στοιχεῖον, anche Πρόχειρον κατά-ἀλφάβητον o detta altrimenti *Synopsis minor*.	
1230	. . . .	. . . . .	Azone + (?) Suoi contemporanei: Cacciavillano, Ugolino, Nicola Furioso.
1235	. . . .	. . . . .	Giacomo Balduino discepolo di Azone. Coevi a lui son pure: Alberto Papiense, Anselmo ab Orto, Giacomo de Ardizone, Bagarotto, Bernardo Dorna, Damaso, Eilberto Bremense, Grazia, Guizardino, Lanfranco, Ponzio Tancredo, Uberto de Bobio, Uberto de Bonacurso.
1243	. . . .	. . . . .	Roffredo Epifano — Intorno allo stesso tempo anche Carlo de Tocco.
1249	. . . .	. . . . .	Pietro delle Vigne.
1259	. . . .	. . . . .	Accursio o Accorso, nato in Firenze o in Bagnolo, discepolo di Azone. Compilatore della Glossa *continua*, *ordinaria*.
1261—1283	Michele (VIII) Paleologo, caccia gli usurpatori e diviene imperatore.		
1265	. . . .	. . . . .	Odofredo.
1270—1336	. . . .	. . . . .	Cino.
1283—1332	Andronico (II) Paleologo		
1287			Cervotto Accursio +

dopo la n. di Cr.	Storia dello Stato	Fonti giuridiche	Giureprudenza
1293			Francesco Accursio +
1296			Guglielmo Durante +
1308	. . . .	. . . . .	Pietro di Bellapertica +
1313—1359	. . . .	. . . . .	Bartolo di Sassoferrato.
1314	. . . .	. . . . .	Guglielmo Accursio +
1319—1400	. . . .	. . . . .	Bàldo degli Ubaldi.
1332—1341	Andronico III Paleologo		
1339	. . . .	. . . . .	Scuola di Bartolo.
1341—1390	Giovanni V, Paleologo sino al 1355 col suo tutore Giovanni Cantacuzeno.		
1345	. . . .	Προχειρον νόμενων το λεγομενον ἡ Εξαβιβλος, *Manuale legum sive Hexabiblos*, compilato da Costantino Armenopolo; accresciuto ancora dopo il 1354.	
1390—1391	Andronico V, Paleologo		
1391—1425	Manuele II, Paleologo		
1425—1448	Giovanni VII, Paleologo		
1448—1453	Costantino XII, Paleologo, ultimo imperatore di Bisanzio.		
1453	Conquista di Costantinopoli per mezzo dei turchi. Distruzione dell'impero bisantino.		
1454	. . . .	. . . . .	Angelo Poliziano libera la giureprudenza dalla barbarie in cui si trovava per opera de' Bartolisti.
1492	. . . .	. . . . .	Andrea Alciato, milanese, discepolo di Glasone in Pavia e di Carlo Ruino in Bologna; nelle lettere greche e latine di Giano Parrasio. Con la fiaccola della critica e della erudizione rischiara le dottrine del dritto, abbatte la scolastica, fonda un metodo più razionale; e diviene uno de' più illustri Italiani fuori d'Italia. Muore nel 1550.

APPENDICE SECONDA

INDICE

DI TUTTI I TITOLI

CHE SI TROVANO NE' LIBRI DI DRITTO CIVILE E CANONICO

DISPOSTO

CON ORDINE ALFABETICO

SPIEGAZIONE DELLE ABBREVIATURE

B. *significa* Lex romana Burgundionum.
C. — Codex Iustinianeus.
C. G. — Codex Gregorianus.
Cl. — Clementinae.
Coll. — Collatio legum Mosaicarum.
Cons. — Consultatio veteris Jurisconsulti.
D. — Digesta.
D. G. — Decretales Gregorii IX.
H. — Hermogenianus Codex.
I. — Institutiones.
Nov. — Novellarum legum libri Theodosiano codici adjecti (secondo la edizione di *Haenel*).
P. — Pauli sententiae.
S. — Liber VI Decretalium.
Th. — Theodosianus Codex.
Vat. — Vaticana fragmenta.
Ulp. — Ulpiani fragmenta.

N. B. I titoli notati con asterisco son quelli che furono iscritti anche negl' interi libri degli antichi giureconsulti.

A.

— — Viselliam. C. 9, 21.
Administratione (et periculo) tutorum. Th. 3, 19. (30) D. 26, 7. C. [5, 37.
— rerum ad civitates pertinentium. D. 50, 8.
— — publicarum. C. 11, 30.
Ad municipalem et de incolis, D. 50, 1.
Adoptionibus (et emancipationibus). Ulp. 8. J. 1, 11. D. 1, 7. C. [8, 48.
Ad orationem D. Severi. P. 2, 30.
— senatusconsultum Claudianum *. Th. 4, 9. (C, 7, 24).
— — Macedonianum. C. G. 3, 5. P. 2. 10. D. 14. [6. C. 4, 28.
— — Orphitianum *. P. 4, 10. J. 3, 4. D. 38. 17. [C. 6, 57.
— — Silanianum *. P. 3, 5. D. 29, 5.
— — Tertullianum *. P. 4, 9. J. 3, 3. D. 38. 17. [C. 6, 56.
— — Trebellianum. D. 36, 1. C. 6, 49.
— — Turpillianum *. D. 48, 16. C. 9, 45.
— — Velleianum *. P. 2, 11. D. 16, 1. C. 4, 29.
Adulteriis (et stupro) *. P. 2, 26. Coll. 4. Nov. Maioriani tit. 9. [B. 25. D. G. 5, 16.
Advocatione Afris concessa. Nov. Theod. tit. 50.
Advocatis diversorum iudiciorum. C. 2, 7.
Advocatis diversorum iudicum. C. 2, 8.
— fisci. Th. 10, 15. C. 2, 9.
Aedificiis privatis. C. 8, 10.
— publicis. Nov. Maior. tit. 4.
Aedilitiis actionibus. Th. 3, 4. C. 4, 58.
Aedilitio edicto. D. 21, 1.
Aestimatoria actione. D. 19, 3.
Aetate et qualitate praeficiendorum. D. G. 1, 14. S. 1, 10. Cl. 1, 6.
Agentibus in rebus. Th. 6. 27. C. 12, 20.
Agnoscendis et alendis liberis. D. 25, 3. C. 5, 25.
Agricolis et censitis et colonis. C. 11, 47.
— et mancipiis dominicis. C. 11, 67.
Albo scribendo. D. 50, 3.
Aleatoribus. D. 11, 5. C. 3, 43.
Alendis liberis ac parentibus. D. 25, 3. C. 5, 25.
Alexandriae (Alexandrinae plebis) primatibus. Th. 14. 27. C. 11, 28.
Alienatione iudicii mutandi causa facta. D. 4, 7. C. 2, 55. D. G. 1, 42.
Alimentis pupillo praestandis. C. 5, 50.
— quae inopes parentes de publico petere debent. Th. [11, 27.
— vel cibariis legatis. D. 34, 1.
Alluvionibus et paludibus et pascuis (Nili.) Nov. Theod. tit. 20. [C. 7, 41.
Ambitu et locis limitaneis inibi redhibendis. Nov. Theod. tit. 24.
Amota militantibus fori praescriptione. Nov. Theod. tit. 7.
Annona (annonis) et tributis. (D. 48, 12.) Th. 11, 1. C. 10, 16.
Annonis civicis et pane gradili. Th. 14, 17.

B.

C.

D.

E.

F.

G.

H.

I.

L.

M.

N.

O.

P.

Q.

R.

S.

T.

V.

U.